UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

LE PRÆS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Soutenue devant la Faculté de droit de l'Université de Dijon

Le mardi 2 juillet 1907, à une heure et demie du soir

PAR

Paul VIARD

LICENCIÉ ÈS LETTRES (HISTOIRE)
LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE DIJON

Président : M. DESSERTEAUX, *Professeur.*

Suffragants : M. ROUX, *Professeur.*
M. CHAMPEAUX, *Professeur.*

DIJON
IMPRIMERIE JOBARD
Place Darcy, 9
—
1907

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542705_0016

A LA MÉMOIRE

DE MON PÈRE ET DE MA MÈRE

UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

LE PRÆS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Soutenue devant la Faculté de droit de l'Université de Dijon

Le mardi 2 juillet 1907, à une heure et demie du soir

PAR

Paul VIARD

LICENCIÉ ÈS LETTRES (HISTOIRE)
LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE DIJON

ACAD. LUGD. BAT. GURL

Président : M. DESSERTEAUX, *Professeur.*

Suffragants : M. ROUX, *Professeur.*
M. CHAMPEAUX, *Professeur.*

DIJON

IMPRIMERIE JOBARD
Place Darcy, 9

1907

BIBLIOGRAPHIE

SOURCES (1).

Loi latine de Bantia, § 2.

Loi Acilia *repetundarum*, lignes 57, 61, 67.

Loi agraire de 643/111, lignes 45-49, 53, 54, 70-73, 84, 100.

Loi municipale de Tarente, lignes 9-13.

Loi municipale de Salpensa et de Malaca, chap. LX, LXIII, LXIV, LXV, LXVII.

Loi municipale de Lauriacum (cf. BORMANN).

Lex Puteolana parieti faciundo. (GIRARD, *Textes*, p. 815-817.)

Inscriptions de Chiusi. (BRUNS, *Fontes*, p. 121.)

Inscriptions de Tibur. (BRUNS, *Fontes*, p. 313 ; GIRARD, *Textes*, p. 804.)

Fondations alimentaires. (GIRARD, *Textes*, p. 798-800.)

GAIUS, II, 61 ; IV, 13, 16, 91-94.

CICÉRON, *Actio secunda in Verrem*, I, 54, 55 (684-70). — *Pro Valerio Flacco*, 32, 80 (695-59). — *Pro Domo*, 18, 48 (697-57). — *Pro Balbo*, 20, 45 (698-56). — *Philippiques*, II, 29, 71 ; 31, 78 (710-44). — *Epistolae ad Atticum*, 9, 9, 4 (705-49).

(1) On ne trouvera ici que la liste des textes les plus importants pour l'étude des *praedes* et des *praedia subsignata*.

Epistolae ad Atticum, 13, 3, 1 (709-45). — *Epistolae ad diversos*, 2, 17, 4 (704-50). — *Epistolae ad diversos*, 5, 20, 3 (705-49).

Varron, *De lingua latina*, V, 40 ; VI, 74.

Festus, *Compraedes*, *Manceps*, *Praes.*

Tite-Live, 3, 43 et suiv. ; 22, 60 ; 38, 58-60.

Polybe, *Historiae*, 6, 17.

Tacite, *Annales*, 6, 17.

Suétone, *Vita Claudi*, 9.

Valère-Maxime, *Mémorables*, 4, 4, 7.

Plaute, *Persa*, II, 4, 17 ; *Ménechmes*, IV, 2, 20 et suiv.

Térence, *Heautontimoroumenos*, III, 3, 44.

Isidorus Hispalensis, *Etymologiarium libri XX*, 13, 3, 5.

Bormann, *Bronzeinschrift aus Lauriacum*, Jahreshefte des œsterreichen archæologischen Instituts in Wien, 1906, IX, 2, p. 315-321.

Bruns (1), *Fontes juris romani antiqui*, editio sexta cura Th. Mommseni et O. Gradenwitz, pars prior : « Leges et negotia » ; pars posterior : « Scriptores », Freiburg in Breisgau et Leipzig, 1893.

Corpus juris civilis, édit. Mommsen, Krueger et Schœll.

Corpus inscriptionum latinarum consilio et auctoritate Academiae litterarum regiae Borussicae editum (2), I ; XIV.

Ephemeris epigraphica, corporis inscriptionum latinarum supplementum, IX, fasc. primus, 1903 (3).

Girard (4), *Textes de droit romain*, 3e édit., Paris, 1903.

Mueller (5), *Sexti Pompei Festi de verborum significatione quae supersunt cum Pauli Epitome*, Leipsiae, 1839.

Theodosiani libri XVI, édit. Mommsen, 1905.

---

(1) Abrév. : Bruns, *Fontes*.
(2) Abrév. : C. I. L.
(3) Abrév. : *Ephemeris*.
(4) Abrév. : Girard, *Textes*.
(5) Abrév. : Müller.

LITTÉRATURE (1).

1° Monographies.

Gœppert (2), *Zur Lehre der praedes*, Z. f. Rg., IV, 1864.

Jordan, *De praedibus litis et vindiciarum et stipulatione pro praede litis et vindiciarum*. Berlin, 1860.

Lenel (3), *Zur Ableitung der Worte vas und praes*, Z. S. S., 24 (1903).

Mommsen (4), *Stadtrechte der lateinischen Gemeinden Salpensa und Malaca*, Abhandlungen der kœniglichen sæchlischen Gesellchaft der Wissenchaften, Phil.-hist. klasse, III, 1855.

Mommsen (5), *Mancipium, Manceps, Praes, Praedium*, Z. S. S., 23 (1902).

Muenderloh (6), *Ueber die ældtere Execution und die Praediatur*, Z. f. Rg., XII, 1876.

Peltier, *De la caution praedibus praediisque*, Paris, 1893.

Rivier, *Untersuchungen über die cautio praedibus praediisque*, Berlin, 1863.

Schlossmann, *Praes, Vas, Vindex*, Z. S. S., 26, 1905

Savigny, *Recension von : Wolf, von einer milden Stiftung Trajan's*, Vermischte Schriften, V, 1850.

Zimmermann, *De notione et historia cautionis praedibus praediisque*, Berlin, 1857.

---

(1) Cette liste n'est évidemment pas complète ; je ne cite que les auteurs dont je me suis plus particulièrement servi. En principe, les ouvrages sont cités par le nom de l'auteur et, le cas échéant, par le tome de la revue où se trouve l'article : Z. f. g. Rw., *Zeitschrift für geschischtliche Rechtwissenchaft ;* Z. f Rg. : *Zeitschrift für Rechtsgeschichte ;* Z S. S R. A. : *Zeitschrift für Rechtsgeschichte der Savigny-Stiftung, Romanistische Abtheilung ;* Z. f. v. Rw. : *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenchaft ;* N. R. H. : *Nouvelle revue historique de droit ;* Bullettino : *Bullettino dell' instituto di diritto romano.*

(2) Abrév. : Gœppert, Z. f. Rg,, IV.

(3) Abrév. : Lenel, Z. S. S., 1903.

(4) Abrév. : Mommsen, *Stadtrechte.*

(5) Abrév. : Mommsen, Z. S. S., 1902.

(6) Abrév. : Münderloh, *Praediatur.*

2° Ouvrages généraux.

BETHMANN-HOLWEG, *Der rœmische Civilprocess*, Bonn, 1864.

BORTOLUCCI, *La fidejussione nell' Egitto greco-romano*, Bullettino, 17, 1906.

COLLINET, *La saisie privée*, Paris, 1893.

COSTA, *Il diritto privato romano nelle comedie di Plauto*, Turin, 1890.

CUENOT (1), *De la condamnation à l'époque des actions de la loi*, thèse, Paris, 1892.

CUENOT (2), *De la sentence du juge et de sa réalisation dans l'actio sacramenti in rem*, N. R. H., 1893.

CUQ, *Les institutions juridiques des Romains*, t. Ier, 2e édit., Paris, 1904.

DARESTE DE LA CHAVANNE, *Des contrats passés par l'Etat à Rome*, Paris, 1875.

DELOUME, *Les manieurs d'argent à Rome*, Paris, 1889.

DESSERTEAUX, *Etude sur les effets de l'adrogation*, Revue bourguignonne, Dijon, 1892.

EISELE, *Das Sacramentum und die Lex Pinaria*, Beitræge zur rœmischen Rechtsgeschichte, Freiburg in Breisgau et Leipzig, 1896.

GAY-LUGNY, *La caution judicatum solvi*, Paris, 1906.

GIRARD (3), *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*, t. Ier, Les six premiers siècles, Paris, 1901.

GIRARD (4), *Manuel de droit romain*, 4e édit., Paris, 1906.

GLUECK, *Ausführliche Erlæuterung der Pandekten nach Hellfed*, Eilften Theils erste Abtheilung, 1809. — *Commentario alle Pandette di Friderico Glück*, libro X, Milan, s. d.

GOYET, *De la manus injectio*, Lyon, 1906.

HERZEN, *La date des actions hypothécaires romaines*, N. R. H., 1898, 1899.

---

(1) Abrév. : Cuënot, *Thèse*,
(2) Abrév. : Cuënot, N. R. H., 1893.
(3) Abrév. : Girard, *Organisation judiciaire*.
(4) Abrév. : Girard, *Manuel*.

Heyrovsky, *Ueber die rechtliche Grundlage der leges Contractus bei Rechtsgeschæften zwischen dem rœmischen Staat und Privaten*, Leipzig, 1881.

Huschke, *Avitum et patritum und ager vectigalis*, Z. f. v. Rw. I.

Huvelin, *Les tablettes magiques et le droit romain*, Annales internationales d'histoire, 2e section, Paris, 1902.

Ihering (1), *Etudes complémentaires de l'esprit du droit romain*, trad. de Meulenaëre, IV, Mélanges, Paris, 1902.

Ihering (2), *Esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. de Meulenaëre, 3e édit., Paris, 1886-1888.

Jobbé-Duval (3), *Etudes sur l'histoire de la procédure civile chez les Romains*, Paris, 1898.

Jobbé-Duval (4), *Explication du paragraphe 173 du livre Ier du « de Oratore » de Cicéron*, N. R. H., 1904, 1905.

Jourdan, *Etudes de droit romain, L'hypothèque*, Paris et Aix, 1876.

Karlowa, *Rœmische Rechtsgeschichte*, Leipzig, 1885-1901.

Kuebler, *Kritische Bemerkungen zum Nexum*, Z. S. S., 23 (1902).

Kuntze, *Cursus des rœmischen Rechts, Institutionen*, Leipzig, 1879.

Lindsay, *The latin language, an historical account of latin sounds, stems and flexions*, Oxford, 1894

Lenel (5), *Essai de reconstitution de l'édit perpétuel*, trad. Peltier, Paris, 1901-1903.

Lenel (6), *Das Nexum*, Z. S. S., 23, 1902.

Manigk, *Pfandrechtliche Untersuchungen*, I Heft : *Zur Geschichte der rœmischen Hypothek*, erster Theil, Breslau, 1904.

---

(1) Abrév. : Ihering, *Scherz und Ernst*.

(2) Abrév. : Ihering, *Geist*. — Je n'ai pu consulter la quatrième édition allemande, que je cite d'après M. Jobbé-Duval, *Etudes*.

(3) Abrév. : Jobbé-Duval, *Etudes*

(4) Abrév. : Jobbé-Duval, N. R. H , 1904 ou 1905.

(5) Abrév. : Lenel-Peltier, *Edit*.

(6) Abrév. : Lenel, Z. S S., 1902.

Martin, *Le tribunal des centumvirs*, Paris, 1904.

Marquardt (1), *Organisation financière des Romains*, trad. Vigié, Paris, 1888.

Mitteis (2), *Reichsrecht und Volksrecht in den œstlichen Provinzen des rœmischen Kaiserreichs*, Leipzig, 1891.

Mitteis (3), *Ueber das Nexum*, Z. S. S., 22, 1901.

Mommsen (4), *Die rœmischen Anfænge von Kauf und Miethe*, Z. S. S., VI, 1885.

Mommsen (5), *Rœmisches Strafrecht*, Leipzig, 1899.

Mommsen (6), *Le droit pénal romain*, trad. Duquesne, t. Ier, Paris, 1907.

Mommsen (7), *Le droit public romain*, trad. Girard, Paris, 1888-1896.

Muenderloh (8), *Ueber Schein und Wirklichkeit an der legis actio sacramenti in rem*, Z. f. Rg., XIII, 1878.

Pernard, *Le droit romain et le droit grec dans le théâtre de Plaute et de Térence*, Lyon, 1900.

Pernice, *Labeo, Rœmisches Privatrecht im ersten Iahrhunderte der Kaiserzeit*, Halle, 1877-1892.

Politis, *Les triumvirs capitaux*, Paris, 1894.

Roby, *Roman private law in the times of Cicero and of the Antonines*, Cambridge, 1902.

Ruedorff, *Das Ackergesetz des Spurius Thorius*, Z. f. g. Rw., X, 1842.

Schulin, *Lehrbuch der Geschichte des rœmischen Rechts*, Stuttgard, 1889.

Stolz, *Laut-und Formenlehre*, 3e édit., Münich, 1900 (Ivan von Müller, *Handbuch der klassichen Altertumswissenchaft*, II, 2.)

Serrigny, *Droit public et administratif romain*, Paris, 1862.

---

(1) Abrév. : Marquardt-Vigié.
(2) Abrév : Mitteis, *Reichsrecht*.
(3) Abrév. : Mitteis, Z. S. S., 1901.
(4) Abrév. : Mommsen, Z. S. S., 1885.
(5) Abrév. : Mommsen, *Strafrecht*.
(6) Abrév. : Mommsen-Duquesne.
(7) Abrév. : Mommsen-Girard.
(8) Abrév. : Münderloh, *Sacramentum*.

Wenger, *Rechtshistorische Papyrusstudien*, Graz, 1902.
Wilcken, *Grieschische Ostraka aus Egypten und Nubien*, Leipzig et Berlin, 1899.

3° Droit comparé.

Beasley, *Le cautionnement dans l'ancien droit grec*. (Bibliothèque de l'Ecole des hautes études, 143e fasc.), Paris, 1902.
Beauchet, *Histoire du droit privé de la république athénienne*, Paris, 1897.
Bœckh, *Die Staatshaushaltung der Athener*, 3 Auf. von Frænkel, Berlin, 1886.
Brissaud, *Cours d'histoire générale du droit français public et privé*, Paris, 1904.
Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Leipzig, 1887-1892.
Daiches, *Altbabylonische Rechtsurkunden aus der Zeit der Hammurabi-Dynastie*, Leipzig, 1903.
Dareste (1), *Etudes d'histoire du droit*, Paris, 1889.
Dareste (2), *Nouvelles études d'histoire du droit*, Paris, 1902.
Dareste, Haussoullier, Reinach (3), *Recueil des inscriptions juridiques grecques*. Paris, 1891-1904.
Esmein, *Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français*, N. R. H., 1882, 1883.
Gambier, *Du cautionnement dans le très ancien droit romain et le très ancien droit français*, Caen, 1896.
Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, Paris, 1887-1903.
Hitzig, *Die Bedeutung des altgrieschischen Rechts für die vergleichende Rechtswissenchaft*, Z. f. v. Rw., XIX, 1906.
Hueber, *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*, Bâle, 1893.
Kohler, *Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz*, Würzburg, 1883.

---

(1) Abrév. : Dareste, *Etudes*.
(2) Abrév. : Dareste, *Nouvelles études*.
(3) Abrév. : D. H. R., *Recueil*.

Kovalewsky, *Coutume contemporaine et loi ancienne*, Paris, 1893.

Le Fort, *L'otage conventionnel d'après les documents du moyen âge*, Revue de législation française et étrangère, ancienne et moderne, IV, 1874.

Pertile, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell' impero romano alla codificazione*, Padoue, 1874.

Pion, *La ferme générale des droits et des domaines du roi*, Paris, 1902.

Pollock and Maitland, *The history of the englisch law before the time of Edward I*, Cambridge, 2e édit., 1898.

Post, *Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz*, Oldenburg et Leipzig, 1894-1895.

Révillout (1), *Les obligations en droit égyptien comparé aux autres droits de l'antiquité*, Paris, 1886.

Révillout (2), *Précis de droit égyptien comparé aux autres droits de l'antiquité*, Paris, 1903.

Scheil, *Code des lois d'Hammourabi*. Délégation en Perse. Mémoires publiés sous la direction de M. J. de Morgan, t. IV, Paris, 1902; 2e édit., Paris, 1904.

Ziebarth, *Beitræge zum grieschischen Recht*, Z. f. v. Rw., XIX, 1906.

---

(1) Abrév. : Révillout, *Obligations*.
(2) Abrév. : Révillout, *Précis*.

INTRODUCTION

En droit romain, le cautionnement (1) a revêtu plusieurs formes juridiques. Le droit privé et la procédure ont connu les *sponsores*, les *fidepromissores* et les *fidejussores ;* de plus, le *mandatum pecuniae credendae* et le pacte de constitut servent aux mêmes fins, quoique juridiquement ils ne soient pas considérés comme des contrats de cautionnement. La procédure a encore le *vas* et le *vindex*, cautions qui lui sont propres et ne se retrouvent pas en droit privé (2). A côté de ces diverses espèces de cautions, on trouve le *praes,* objet de la présente étude.

Le *praes* est une caution au sens large du mot. C'est,

(1) Les cautions romaines n'ont joui que sous Justinien du bénéfice de discussion ; elles ne ressemblent donc pas aux cautions modernes. Aussi bien, le mot caution est-il employé en cette étude avec un sens très large. Il en est de même de quelques mots (vente à réméré, obligation, condition résolutoire, etc.), qu'il ne conviendrait pas d'interpréter littéralement ou d'après les conceptions d'aujourd'hui.

(2) Sur les *vades* dont parle Varron (*Lingua latina*, 6, 74), cf. Girard, *Manuel,* p. 748, n. 1.

en effet, une personne qui assume l'exécution d'une obligation contractée par une autre personne. L'idée est acceptée par les auteurs et résulte assez clairement des renseignements donnés par Gaius sur les cautions assurant le paiement du *sacramentum* (*praedes sacramenti*) et la restitution de la chose litigieuse et des fruits perçus *interim* (*praedes litis et vindiciarum*) (1).

Mais l'entente est loin d'exister sur un grand nombre de questions se rapportant au *praes*. On ne peut même en donner une définition acceptée de tous. Souvent, on définit le *praes :* la caution réservée à l'Etat (2). L'idée ne semble pas exacte à quelques auteurs (3).

Au cours de cette étude, le *praes* apparaîtra comme une caution *lato sensu* d'une application au début générale, et dont l'obligation est exécutoire sans jugement.

Définir le *praes* ne sera pas la seule question à résoudre ni l'unique difficulté à vaincre. Sans vouloir classer les auteurs ou les systèmes d'une manière complète, il est bon d'indiquer dès maintenant les points les plus importants qu'on aura à étudier et quelques-unes des solutions opposées qui ont été soutenues. — Le *praes* s'engage, d'après Mommsen, *solo consensu* (4) ; M. Peltier n'admet pas cette absence de formalisme (5). Le débiteur principal

---

(1) Gaius, IV, 13, 16.
(2) Cf. Girard, *Manuel*, p. 747, n. 3. — C'est l'opinion dominante.
(3) Peltier, p. 21.
(4) *Stadtrechte*, p. 467.
(5) Peltier, p. 25.

est-il libéré par l'engagement des *praedes* (*datio praedium*)? Mommsen, qui semble considérer le débiteur principal dans les contrats administratifs (*manceps*) comme tenu *ex locato conducto,* voit cependant dans la *datio praedium* l'équivalent d'un paiement (1). La *subsignatio praediorum,* sorte de sûreté réelle qui renforçait la garantie personnelle des *praedes,* apparaît à Rivier comme produisant une hypothèque ordinaire (2), tandis que M. Peltier l'assimile à une clause d'inaliénabilité (3). La loi de Malaca (chap. LXIV) indique qu'à cette époque (81-84 après Jésus-Christ), l'exécution forcée des *praedes* et des *praedia subsignata* se faisait au moyen de deux ventes que, d'après les termes de ce texte, on peut désigner par vente *lege praediatoria* et vente *in vacuum.* Tout le monde admet qu'il y avait des différences entre ces deux voies d'exécution. Mais quelles sont-elles? Mommsen voit dans la première une sorte de vente à réméré et dans la seconde une *bonorum sectio* ordinaire (4). Rivier (5) soutient que ces deux ventes ne sont que des cessions de créances (6); il croit que la vente *lege praediatoria* se fait nécessairement pour une somme égale à la créance et que, dans la vente *in vacuum,* le prix obtenu peut être inférieur à ce chiffre (7).

---

(1) *Stadtrechte,* p. 471, 472.
(2) *Untersuchungen,* p. 88 et suiv.
(3) *Op. cit.,* p. 69.
(4) *Stadtrechte,* p. 475, n. 49.
(5) *Untersuchungen,* p. 118, 119.
(6) Cette idée est admise par Ihering, *Geist,* 3e édit., I, 164-165; II, 84.
(7) Cf. les exposés de M. Girard (*Manuel,* p. 747, n 3), Cuq (I, p. 120, n. 1), Roby (I, 478-483), qui donnent une idée générale du *praes.*

Au sujet de presque toutes les autres questions soulevées par l'étude du *praes,* le désaccord est le même. Ces divergences doctrinales semblent tenir en grande partie à l'état défectueux des sources. Les textes qui contiennent le mot *praes* ou font allusion à quelque détail de l'institution sont, il est vrai, en nombre relativement suffisant. Mais très souvent le mot seul est prononcé ; très souvent, la qualité de l'auteur ou l'ensemble des circonstances rendent le maniement du texte délicat; les quelques passages qui possèdent une valeur documentaire sérieuse ont été ou peuvent être très diversement interprétés.

On ne sait si l'on peut utiliser le *Digeste* en admettant dans certains passages la substitution de *fidejussor* à *praes*. Gœppert (1) a posé cette substitution comme principe ; aussi retire-t-il au *praes* tout caractère juridique original. Il est du moins évident que l'interpolation n'est possible que pour les textes antérieurs à Dioclétien : le *fiscus,* en effet, sous cet empereur, a complètement remplacé l'*aerarium,* la *cognitio extra ordinem,* la procédure *per formulas* qui théoriquement n'avait pas proscrit le *sacramentum ;* dès lors, il n'existait plus d'actes juridiques ou judiciaires où puisse se concevoir un *praes* (2). Mais, dès avant 284, la décadence du *praes* a été si profonde et assez rapide pour qu'il ait disparu sans laisser de trace dans les documents utilisés par les rédacteurs du *Digeste.* Il est plus prudent de ne pas

---

(1) Gœppert, Z. f. Rg., IV, p. 272, 273.

(2) Des allusions au droit passé sont alors encore évidemment possibles mais facilement reconnaissables.

rechercher si tel texte a été interpolé (1), et de n'utiliser les textes du *Digeste* et des divers recueils de constitutions impériales que pour y découvrir des arguments et non des renseignements directs.

Les documents dont on aura à faire usage, ou proviennent d'auteurs littéraires, ou ont une origine juridique (2). Parmi ces derniers, on peut distinguer entre les actes législatifs (*lato sensu*), les écrits des jurisconsultes et les actes concrets (3). Quelle que soit leur nature, leur valeur documentaire est en principe indiscutable ; le principal obstacle à leur bonne utilisation est la brièveté ou l'obscurité. Les mêmes inconvénients se retrouvent chez les écrivains tels que Plaute ou Varron. Mais, ici, d'ordinaire le témoignage de l'auteur sera suspect. Les grammairiens comme Varron ou Festus, quoique intéressants, ne sauraient fournir une preuve décisive de la solution réclamée par un problème juridique délicat. Il est bien évident que les dramaturges aussi peu *romains* que Plaute (4) ou Térence, les historiens aussi peu critiques que Tite-Live, les littérateurs du Haut et du Bas-Empire méritent

---

(1) La loi 6, § 7, D, 10, 3, contient d'après la lecture de Mommsen *pro aedibus*, et non *praedibus*. Cette dernière leçon avait été suivie par Gœppert (p. 272) et par Glück (XI, p. 150. Trad. italienne, X, p. 181).

(2) Pour l'énumération, v. la Bibliographie, sources.

(3) Les *papyri* grecs de l'époque impériale ne peuvent être utilisés, car tous les revenus de l'Egypte, dont le maître est l'empereur et non le peuple, sont versés au *fiscus*. — Cf. Wilcken, *Ostraka*, I, 641, 589, 590.

(4) L'utilisation des textes de Plaute est, on le sait, des plus délicates. — Cf. Dareste, *Nouvelles études*, p. 151, 163 ; Girard, *Manuel*, p. 46, n. 3, et Pernard, *op cit.*, *passim*.

encore moins de confiance que Cicéron, dont l'impartialité et la modération sont évidemment insuffisantes.

Devant cette insuffisance de la documentation directe, il était naturel de recourir au droit comparé. On ne peut, par ce nouveau moyen d'investigation, combler les lacunes de nos textes ; mais, par ce procédé, certaines solutions peuvent être suggérées, certaines hypothèses confirmées ; peut-être même est-il permis de reconstituer ainsi les grandes lignes de notre institution à ses origines, en joignant aux enseignements du droit des peuples primitifs certains indices provenant du droit romain postérieur, de la philologie, du développement politique et social.

En présence des divergences doctrinales et de l'insuffisance des documents, il est impossible de présenter une théorie qui s'impose. J'ai essayé seulement d'exposer l'institution juridique du *praes* le plus objectivement possible, préférant toujours les textes, lorsqu'ils sont clairs, aux constructions juridiques les plus séduisantes ; sur les points controversés, j'ai tenté de dégager la théorie la moins discutable, en distinguant ce qui est certain de ce qui n'est que vraisemblable ; et lorsque aucune solution ne m'a semblé reposer sur des bases suffisantes, après m'être efforcé d'en découvrir si possible une nouvelle, j'ai cru nécessaire d'avouer très clairement notre ignorance. Sur tous ces points, qui ont exercé en vain la sagacité de tant d'esprits éminents, il est bon de déclarer que, seul, un texte nouveau fera la lumière ; en attendant, il convient de se résigner à ignorer.

Dans ce but, j'étudierai à part la période classique qui comprend les septième et huitième siècles de Rome et le premier de l'ère chrétienne. Alors, en effet, les documents contemporains existent, l'institution est connue ou connaissable ; c'est, de plus, l'époque où, complété par la *subsignatio praediorum,* le *praes* a sa plus grande extension et se prête le mieux à un exposé quelque peu dogmatique. — Auparavant, l'examen des origines fera l'objet d'une première partie comprenant les six premiers siècles ; les documents sont rares, bien que certaines solutions soient démontrées. Avec la loi Aebutia et les *leges Juliae judiciariae,* les *praedes sacramenti* et les *praedes litis et vindiciarum* vont perdre presque toute importance pratique ; au contraire, à l'essor de l'Etat romain correspond un essor des *praedes* de droit administratif. Les premières années du septième siècle constituent donc la démarcation entre ces deux périodes.

Il est plus difficile d'assigner une date au commencement et à la fin de la troisième. Le *praes* disparaît lentement avec le tribunal des centumvirs, dernier asile de la *legis actio sacramenti,* et avec l'*aerarium.* On peut admettre que cette décadence se révèle déjà dans les fondations alimentaires de Trajan, où on a quelque peine à voir trace de la *subsignatio* sans mention des *praedes.* Il conviendra de retracer les étapes de cette lente agonie, qui dure du début du deuxième siècle à la fin du troisième, et de rechercher quelles sont les institutions auxquelles le *praes* et la *subsignatio* ont pu donner naissance ou qui les ont remplacés, quoique conçues d'après des

principes analogues, c'est-à-dire l'hypothèque générale du fisc et les compagnies de décurions (1).

---

(1) La bibliographie du *praes* est très abondante ; je n'ai pu évidemment connaître et consulter tous les auteurs qui ont parlé, peu ou beaucoup, du *praes*. L'essentiel était d'exposer et discuter les principaux systèmes, entre lesquels d'ailleurs se répartissent à peu près tous les auteurs. Quant aux livres qui sont antérieurs à la découverte, de si capitale importance, de la loi de Malaca (1855), en principe, je renvoie aux ouvrages de Jordan, Rivier et de M. Peltier, où l'on trouvera de suffisants renseignements.

PREMIÈRE PARTIE

LES ORIGINES

CHAPITRE PREMIER

Etymologie.

Beaucoup d'auteurs ont recherché l'étymologie du mot *praes,* avec l'espoir de découvrir ainsi quelque indice sur le régime juridique du *praes* primitif. Mais pour servir de base à une théorie juridique, les conclusions philologiques doivent être précises et solidement démontrées. Or, on ignore, à mon sens, la véritable étymologie de *praes*. Les systèmes sont cependant nombreux. Les uns, assez puérils, n'ont que peu séduit l'opinion ; aussi bien, ne les discuterai-je pas. D'autres, parfois également peu scientifiques, ont rallié d'assez nombreux partisans, encore

aujourd'hui ; ils méritent donc de retenir l'attention (1).

Varron faisait dériver *praes* de *praestare* (2). Philologues et jurisconsultes ont, en majorité et depuis longtemps, rejeté cette opinion. Ils remarquent que la racine de *praestare* est *sta,* syllabe qu'on ne retrouve pas dans *praes*. Or, c'est une vérité indiscutable, semble-t-il, que pour rattacher un mot à un autre, on doit apercevoir dans le dérivé au moins la racine du mot originaire, déformée peut-être, mais reconnaissable avec certitude. — Gœppert (3) qui admet l'opinion de Varron, reconnaît qu'elle est peu scientifique, mais que pour le sens des mots, elle est exacte, le *praes* s'obligeant à *praestare,* d'après lui. Plus récemment (4), M. Bücheler a défendu cette même étymologie en invoquant un passage de la *lex municipii Tarentini: ... qui pro se praes stat* (5). L'argument est visiblement insuffisant.

Mommsen rapproche *praes* de *praevidere*. Cette théorie, esquissée et présentée avec quelque réserve dans ses *Stadtrechte* (6), a été reprise et affirmée nettement dans son commentaire sur cette même

---

(1) On trouvera une liste des étymologies fantaisistes, que j'omets ici, dans Rivier, p. 16, 17, 18. — C'est ainsi que Saumaise rapproche *praes* de *pro-aes*, que Scaliger y voit, soit l'adverbe *praes*, soit une abréviation de *praesens*.

(2) *De lingua latina*, V, 40. — *Praedia dicta, item ut praedes, a praestando.*

(3) Z. f. R. G. IV, p. 263.

(4) *Rheinisches Museum für Philologie*, 1897, p. 398.

(5) L. 9. M. Scialoja (Bullettino IX, p. 19, n. 1) y voit une faute du graveur.

(6) *Stadtrechte*, p. 455.

lex Tarentina (1). Il s'appuie sur la forme *praevides,* qui existe dans la *lex agraria,* de 643/111 (2). Il y aurait donc eu un génitif *praevidis,* devenu par suite *praedis.* — Mais M. Schlossmann a remarqué que le texte de cette loi est un de ceux où l'on trouve le plus de fautes ; il y observe une tendance à développer les mots, à fournir des arguments aux théories philologiques d'alors. *Praevides* en serait un exemple (3).

On peut fortifier cette argumentation en remarquant que les lois *Acilia repetundarum* (631/123 ou 632/122) et latine de *Bantia* (de 621/133 à 636/118) portent *praedes* (4). N'est-il pas extraordinaire que, en 643, on emploie la forme archaïque et, en 636 au plus tard, la forme moderne? La *lex agraria,* elle-même, contient *praedia* (5), mot dont l'analogie avec *praedes* est généralement admise (6). Il y a quelque étrangeté à lire *praevides* et *praedia* dans le même texte. Enfin, si *praevides* avait été la forme correcte en usage en 643/611, il est plus que vraisemblable que Varron, né en 638/616, aurait hésité à rattacher *praes* à *praestare; praevidere* lui aurait suggéré une étymologie tout aussi conforme à ses principes philologiques.

Cette étymologie a, en effet, séduit un auteur du

---

(1) *Ephemeris epigraphica,* IX, p. 8, n. 50.
(2) Lignes 46, 47.
(3) Z. S. S. 1905, p. 286. — Cf. Rüdorff, Z. f. g. Rw., X, p. 2.
(4) Loi de Bantia, ch. II. — Loi *Acilia,* l. 57.
(5) L. 46, *manceps, praevides, praediaque...*
(6) Ihering (*Geist,* I, § 10) fait dériver ces deux mots de *praeda.* — Rivier (p. 16-18) combat cette analogie, admise par Mommsen (Z. S. S., 1902, 439, 440).

septième siècle de l'ère chrétienne, dont les procédés rappellent ceux de Varron. Isidore de Séville ne sait s'il doit faire venir *praes* et *praedium* de *praevidere* ou de *praeda* (1). L'argument que Mommsen tire du témoignage de cet auteur est, par conséquent, des moins probants.

Cette forme *praevides* constitue d'ailleurs l'un des arguments des auteurs qui, à la suite de Rivier (2), font dériver *praes* de *praevas*. La possibilité d'invoquer le même argument en faveur de deux théories différentes en montre la faiblesse. Quoi qu'il en soit, cette étymologie est acceptée par la très grande majorité des philologues (3) et des jurisconsultes ; parmi ces derniers, je citerai seulement MM. Peltier (4), Cuq (5), Girard (6), Lenel (7).

Outre la forme *praevides*, ces auteurs font remarquer la concordance de *praevas* et du *subvas*, mentionné par Aulu-Gelle (8). Par une double syncope, *praevides* aura donné *praedes* (9). Le *praevas* serait donc un renforcement du *vas* (10), une caution pri-

---

(1) *Etymologiarum libri XX*, 13, 3, 5.

(2) *Untersuchungen*, p. 14.

(3) En particulier, Curtius, *Grundzüge der grieschischen Etymologie*, Leipzig, 5e édit., 1879, p. 196 et 249. — Fick, *Vergleichendes Wœrterbuch der Indogermanischen Sprachen*, Gœttingen, 2e édit., 1871, p. 396.

(4) *Caution praedibus*, p. 16.

(5) I, p. 120, n. 1.

(6) *Manuel*, p. 747, n. 3.

(7) Z. S. S., 1903, p. 414.

(8) *Noctes Atticae*, XVI, 10.

(9) Cf. Lindsay, *The latin language*, p. 180. — D'après M. Lenel (Z. S. S., 1903, p. 414), on eut *praivads*, puis *praiveds*, avant *praevas*.

(10) Rivier, p. 14.

vilégiée, la caution, par conséquent, réservée à l'Etat, dont les droits priment ceux des particuliers (1).

Telle est l'étymologie classique (2). Elle a trouvé un adversaire décidé en M. Schlossmann (3). Cet auteur invoque surtout les difficultés juridiques que soulève cette dérivation. Le *vas* serait la caution en général ; le *praevas,* une caution privilégiée ; le *subvas,* une caution complémentaire. Une telle hiérarchie de cautions étonne M. Schlossmann. De plus, le droit de préférence attribué à l'Etat lui paraît une pure hypothèse. Il conclut en disant que faire dériver *praes* de *praevas* n'est qu'une affirmation sans preuve.

M. Schlossmann a démontré que l'évidence de l'étymologie classique, évidence qui semble indubitable à beaucoup, pourrait bien n'être qu'un leurre. Ses arguments d'ordre juridique ne sont peut-être pas suffisamment convaincants. Mais contre l'étymologie classique, on peut élever d'autres objections que celles de M. Schlossmann.

Je ne crois pas que l'on ait assez démontré la série de transformations qui, du *prai-vads,* ont fait un *praes.* On donne des listes plus ou moins détaillées et plus ou moins concordantes de ces formes intermédiaires (4). Cela ne suffit pas à prouver leur existence. L'analogie avec d'autres filiations linguistiques est une hypothèse non démontrée. M. Lindsay en

---

(1) Lenel, Z. S. S., 1903, p. 414.

(2) Les mots *praedes vades* (Tite-Live, épit. XLVIII) ne me paraissent pas pouvoir fournir un nouvel argument en sa faveur.

(3) Z. S. S., 1905, p. 291 et suiv.

(4) V. en particulier les ouvrages des philologues cités *supra.*

est réduit à invoquer une syncope brusque, provoquée par le déplacement de l'accent tonique. Mais il reconnaît que cette loi philologique n'est pas sans exception et que *subvas* n'a subi aucune des transformations que l'on croit apercevoir dans *praevas* (1).

L'étymologie classique est donc non démontrée. Car la forme *praees* dont se réclame M. Peltier n'a peut-être pas existé (2) ; c'est très vraisemblablement, si le texte la contenait, une faute du graveur ; en tout cas, elle ne fournit aucun argument pour rattacher *praes* à *praevas*. De plus, une pareille dérivation est dangereuse, puisqu'elle conduit aux conséquences juridiques critiquées par M. Schlossmann.

Ce dernier auteur croit que *praes* venait de *praehendere*. S'appuyant sur certaines théories philologiques de Curtius (3) et de M. Stolz (4), il rapproche *praes* de *praeda ;* à *prai-hid-a, prae-hed-a, praeda,* correspondrait *prae-hend-s, prae-hed-s, praes* (5). Pourquoi choisir *praehendere,* car aucun texte ne donne une forme telle que *praehends* ou *praeheds?* L'analogie avec *praeda* est rien moins que certaine. M. Schlossmann a rapproché *praehendere* de πρώγγυος où πρό égalerait *prae* et ἔγγυος viendrait de ἐν γυῖα, c'est-à-dire ἐν χειρὶ. Tous ces rapprochements sont fort discutables ; serait-il prouvé que

---

(1) *The latin language*, p. 180, 186, 187.

(2) *Caution praedibus*, p. 15. — Le chap. LXIV de la loi de Malaca, auquel renvoie M. Peltier (p. 15, n. 5), ne mentionne pas cette forme, dont on n'a aucune autre trace.

(3) *Grundzüge*, p. 196.

(4) *Laut-und Formenlehre*, p 50, 167.

(5) Z. S. S., 1905, p. 300. — Cf. Ihering, *Geist.*, 3e édit., I, p. 113, n. 17.

telle est l'étymologie de πρώγγυος que nous ne pourrions pas en conclure que *praes* a subi le processus proposé pour dériver de *praehendere*. L'étymologie proposée par M. Schlossmann est donc une hypothèse peu vraisemblable.

Aucune des étymologies émises n'a semblé acceptable. Il faut reconnaître que l'origine philologique du mot *praes* est inconnue. Cet aveu est d'autant plus nécessaire que la question n'offre d'intérêt que parce que la solution aurait pu fournir quelque lumière sur l'institution juridique. Par la discussion qui précède, on a pu apprécier combien étaient fragiles les conclusions linguistiques, même les plus communément admises, et combien il serait téméraire de les utiliser pour comprendre et décrire le *praes* à ses origines.

CHAPITRE II

Date et origine.

A quelle époque apparut le *praes* ? La question a assez peu préoccupé les auteurs ; cependant, outre son intérêt intrinsèque, elle est indispensable à fixer au moins approximativement, si l'on veut reconstituer la condition du *praes* primitif, le replacer dans son milieu juridique et social.

Le plus ancien texte qui, à ma connaissance, contient le mot *praes* est de Plaute (mort en 570-184) (1). Dans *Persa,* II, 4, 17 et suiv. (2), on pourrait se demander si *praes* est un adverbe ou un substantif (3).

---

(1) Le fragment de Chiusi (Bruns, *Fontes*, p. 121) qui porte *praedibus* serait, d'après Mommsen (*Corpus inscriptionum latinarum*, I, n° 209, p. 127), un fragment d'une *lex repetundarum*. On en ignore la date exacte — Des textes de Tite-Live (VII, 21 et XXII, 60) mentionnent des *praedes* en 538-216 et peut-être en 403-351.

(2) *Abi in malam rem.*
At tu domum, nam tibi parata praes est.
Vadatur hic me.
Utinam vades desint, in carcere ut sis.

(3) Gœppert (p. 263, n. 8) y voit un substantif, parce que les vers suivants mentionnent le *vas*.

Mais dans *Ménechmes*, IV, 2, 20 et suiv., on trouve l'accusatif *praedem,* ce qui rend tout doute impossible (1). D'après le contexte, il est certain que Plaute ne faisait pas allusion à une innovation juridique.

D'un texte de Tite-Live, on peut par raisonnement conclure que le *praes* est antérieur aux XII Tables. Il s'agit de l'histoire bien connue de Virginie (2). En 305-459, les *vindiciae* devaient, d'après la loi portée par les décemvirs eux-mêmes, être, dans la *causa liberalis,* toujours attribuées *secundum libertatem ;* l'*assertor* devait fournir des cautions, que Tite-Live (3) nomme *sponsores.* Il est évident que *sponsores* a ici un sens large ; car, par Gaius, nous savons que la *legis actio per sacramentum* contenait des *praedes litis et vindiciarum* (4) et non des *sponsores stricto sensu.* Ce serait un cas de *datio praedium* et non d'*adpromissio.* D'autre part, l'innovation des décemvirs portant sur les *vindiciae* seulement, il serait évident que les *praedes* existaient avant d'être employés dans ce cas.

Mais on sait que Tite-Live, d'après nombre d'auteurs (5), mérite peu de créance, en particulier en ce qui concerne l'histoire du décemvirat. Toutefois, la ressemblance entre les récits touchant la chute des rois et celle des décemvirs, entre Lucrèce et Virginie,

---

(1) « *...Quid ille? Quid? praedem dedit...* »

(2) Tite-Live, III, 44 et suiv.

(3) « *...Quum instaret assertor puellae ut vindicaret sponsoresque daret...* », III, 46.

(4) Gaius, IV, § 16.

(5) Girard, N. R. H , 1902, p. 356.

ne suffit pas, aux yeux d'autres auteurs (1), pour ne voir en ce récit qu'une fable. D'ailleurs, en procédant ainsi, ne devrait-on pas rejeter également le récit du vote de la loi Pœtelia, provoquée d'après Tite-Live par un fait du même genre (2) ? Et lorsque on pourrait douter de cette partie du récit, pourquoi admet-on, ce qui est cependant ici le cas (3), l'exactitude des renseignements donnés sur l'objet de cette loi ?

Je crois donc que l'on peut ajouter foi au récit de Tite-Live et considérer l'existence du *praes* avant les XII Tables comme démontrée.

A cette époque, d'ailleurs, le versement du *sacramentum* était déjà garanti par les *praedes sacramenti* (4). La réforme date vraisemblablement de l'année 282-472, date que M. Eisele attribue sur de suffisantes considérations, me semble-t-il, à la loi Pinaria (5). Cette loi témoigne d'un affaiblissement sensible du sentiment religieux à Rome. Avant cette loi, le jugement suivait de près le *sacramentum,* car la cité avait intérêt à éviter par un *piaculum* immédiat la colère des dieux excitée par le faux serment de l'un des plaideurs. Aussi remettait-on d'avance aux pontifes les animaux destinés au sacrifice. Lorsqu'on crut possible d'attendre plus de trente jours

---

(1) Cuq, I, p. 30, n. 1. — Lambert, *L'histoire traditionnelle des douze Tables et les critères d'inauthenticité des traditions, en usage dans l'école de Mommsen*, Mélanges Appleton, Lyon, 1903, p. 510, 511, 547.

(2) Tite-Live, VIII, 28.

(3) On discute, il est vrai, sur certains détails ; mais l'accord existe sur le sens général.

(4) Gaius, IV, 13, 16.

(5) Eisele, *Beitræge*, p. 223.

la décision du juge, on put se contenter, pour assurer la réalisation du sacrifice, de la garantie des *praedes*. Cette substitution de la promesse au dépôt effectif se lie à tout le mouvement de sécularisation et de démocratisation qui commence à la chute de la royauté (245-509) (1).

M. Girard admet que la loi Pinaria appartient au septième siècle de Rome plutôt qu'au troisième (2). Mais, à la différence de Ihering (3), il admet que la sécularisation du *sacramentum* est contemporaine de l'établissement de la République (4). On peut en conclure que c'est vers cette époque que la consignation fit place aux *praedes* Quelle que soit la date précise de la loi Pinaria, les *praedes sacramenti* existent donc dans la seconde moitié du troisième siècle de Rome, peut-être dès 245-509.

Le *praes* existait-il durant la période royale ? La question devient plus délicate. Münderloh (5) et M. Cuënot (6), en particulier, ont soutenu que le roi plaçait sous séquestre la chose litigieuse pour la remettre au gagnant ; il n'y avait ainsi point lieu aux *praedes litis et vindiciarum*. Cela est possible,

---

(1) Cf. Eisele, *Beitræge*, p. 222, 223.

(2) Girard, *Organisation jud.*, I, 44 ; *Manuel*, p. 985, n. 2.

(3) *Scherz und Ernst*, p. 247. — Pour Ihering, la loi Papiria, qui est peut-être de 665 (p. 255), a sécularisé le *sacramentum* en permettant de remplacer la consignation par des *praedes*.

(4) Girard, *Manuel*, p. 284. — M. Politis (p. 96) ne fait dater ces réformes (sécularisation et promesse) que de la loi Papiria, qui serait d'après lui plutôt du septième siècle (p. 99-105). Le texte de cette loi n'impose pas une telle interprétation ; la sécularisation, de plus, est bien antérieure au septième siècle, car les XII Tables sont déjà une œuvre toute laïque.

(5) *Sacramentum*, p. 473.

(6) *Thèse*, p. 25. — N. R. H., 1893, p. 346.

mais cette période dut être courte ; dès qu'un délai fut nécessaire au roi pour apprécier le litige, lorsque les relations juridiques furent plus nombreuses et plus compliquées, le séquestre dut faire place à la remise de la possession intérimaire à l'un des plaideurs sous caution. Les deux siècles et demi de la période royale sont assez longs pour que l'évolution se soit produite bien avant 245-509.

Les *praedes* ont une troisième application ; ce sont les cautions des créances de l'Etat. Quoique la régie ait été surtout pratiquée par les rois, quelques biens ou revenus de l'Etat sont alors déjà affermés (1). Or, nous ne connaissons pas d'autre caution dans les contrats administratifs que le *praes* (2), et, aux époques primitives, droit public et droit privé se confondent Les cautions fournies aux rois ont été, comme celles fournies aux consuls ou aux censeurs, des *praedes*. En particulier, le *praes* a dû être le moyen d'éviter l'exécution immédiate sur la personne en cas de *multa* royale, comme en livrant un *fidejussor,* le Franc salien obtenait le temps et la liberté nécessaires pour recueillir la somme due comme *wehrgeld* (3).

Le *praes* a existé sous la royauté ; je serais même porté à dire qu'il a existé avant Rome. M. Girard croit que le *nexum,* la *mancipatio,* le *sacramentum* sont des institutions latines, que les fondateurs de

---

(1) Cf. Deloume, *Manieurs d'argent,* p. 96.

(2) J'excepte, bien entendu, les contrats conclus plus tard avec le *fiscus*.

(3) Brissaud, II, p. 1380-1381.

Rome ont conservées et non créées (1). Il en est de même, à mon avis, du *praes,* car, on l'a souvent remarqué, le cautionnement est l'un des premiers contrats que connaissent les peuples primitifs. En droit germanique, il naît avec le compromis ou contrat judiciaire (2); il est une forme de contracter, un élément essentiel du contrat, et non une convention accessoire qui peut se rencontrer ou non (3). Il suit immédiatement, d'après M. Kovalewsky (4), la désagrégation de la famille en plusieurs branches; or, Rome n'a même pas connu cette suprématie de la branche aînée, signe et vestige de l'ancienne unité de la famille (5). Il est vrai qu'en Egypte, d'après M. Révillout (6), le cautionnement n'existait pas en principe; néanmoins, on y connaissait l'intercession des membres de la famille (7), ce qui concorde, d'ailleurs, avec les autres législations primitives, où les cautions, comme les cojureurs, sont des parents. La loi d'Hammurabi ignore le cautionnement (8), mais connaît la mise en gage de personnes sous la puissance du débiteur, ce qui

---

(1) Girard, *Organisation jud.*, I, p. 42.

(2) Brissaud, II, p. 1380, 1381.

(3) Brissaud, II, p. 1391. — Cf. Beauchet, IV, p. 461, et les auteurs cités.

(4) *Coutume...*, p. 110, 112, 151.

(5) Cuq, I, p. 4.

(6) Révillout, *Précis*, I, 229.

(7) Révillout, *Précis*, II, 1232, 1233.

(8) Le paragraphe 40 est assez obscur dans la traduction littérale, reproduite dans la deuxième édition (p. 10) : « Pour (la garantie d')un négociant ou une obligation étrangère... » Mais le P. Scheil l'interprète ainsi dans la traduction littéraire (p. 137) : « Pour l'acquittement d'un négociant ou une autre obligation... ». — D'ailleurs, aucun des actes de la même époque recueillis par

ressemble au cautionnement (1). On ne peut, par suite, tirer argument des législations hamitiques ou sémitiques, pour nier le caractère de priorité au contrat de cautionnement (2). Le *praes* était la caution de droit commun et le *vas,* dont l'antiquité est certaine, la caution ayant le but spécial, mais d'une extrême importance chez les primitifs, d'assurer la comparution du défendeur en justice (3). La caution latine fut donc le *praes.*

Cette opinion est de plus confirmée par l'origine du *praes,* telle que je crois pouvoir l'établir. Il ne serait pas impossible de découvrir dans cette substitution d'une personne à une autre, une trace d'anciennes croyances et d'anciens procédés magiques (4). Si l'on admet avec M. Huvelin que les rites magiques « constituent la première sanction des obligations (5) » et « fournissent au droit sa force obligatoire première (6) », on pourrait considérer que l'idée originaire du *praes,* comme la *damnatio* et l'idée même d'obligation (7), n'est pas sans quelque

---

M. Daiches ne contient de cautions ; mais le nº 5 (p. 38, 39) contient une solidarité passive entre covendeurs. La plupart de ces actes sont, il faut l'observer, des ventes faites au comptant.

(1) § 117.

(2) La loi d'Hammurabi est d'ailleurs incomplète. Cf. Daiches, p. 96. Elle appartient à une époque relativement récente du développement juridique des peuples babyloniens et ne contient pas trace de la solidarité familiale.

(3) Les *vades* dont parle Varron (*Lingua latina*, VI, 74) sont des *vades* de procédure. — Cf. Girard, *Manuel*, p. 748, n. 1. — Jobbé-Duval, *Etudes*, I, 346.

(4) Sur la substitution, cf. Huvelin, p. 28.

(5) Huvelin, p. 22.

(6) Huvelin, p. 23.

(7) Huvelin, p. 20, 45, n. 1, 73 et *passim.*

rapport avec les pratiques plus ou moins religieuses des fondateurs de Rome.

Mais évidemment, il n'est pas permis d'affirmer avec quelque certitude que telle fut l'origine du *praes.* C'est tout au plus une conjecture séduisante. Ce que le droit comparé apprend sur l'origine du cautionnement suggère une hypothèse plus vraisemblable. Il semble que la caution soit une forme affaiblie de la solidarité familiale. Le chef de la *gens,* en s'engageant, engageait tous les membres de la *gens ;* lorsque la *gens* fut désagrégée, l'engagement des chefs des diverses branches eut le même effet (1). Telle est la conception primordiale des cojureurs auxquels M. Jobbé-Duval ne croit pas « trop hardi » de comparer les *praedes* (2). Parfois, la famille est responsable des délits (3) ; c'est un cas de cautionnement forcé ; se porter caution est un devoir pour les membres de la famille (4). Nous avons constaté l'existence du cautionnement familial en Egypte et l'absence de cautions, au moins en principe, dans la loi d'Hammurabi, qui précisément ignore la solidarité familiale.

De cet ensemble de constatations se dégage un lien étroit entre la solidarité familiale et le cautionnement. Le *praes* n'a pas fait exception ; il est né spontanément pour remplacer par une pluralité d'engagements l'engagement autrefois unique de la

---

(1) Cf. Kovalewsky, p. 110, 161.

(2) *Etudes,* I, p. 28.

(3) Post, II, 570. — Brissaud, II, p. 1370, 1371. — Glasson, III, 248 ; VII, 247.

(4) Brunner, I, 88.

gens. Un souvenir de l'origine familiale se remarque dans le procès de Virginie : les *praedes* d'Icilius, l'*assertor*, sont ses proches (1). Et l'on sait que plus tard, servir de caution fut un devoir entre patron et client (2), entre amis, entre membres d'un même groupe politique (3).

M. Schlossmann soutient une tout autre théorie (4). Pour lui, le *praes* serait d'origine étrangère ; Rome l'eût emprunté à la législation commune de la Grande-Grèce, d'une manière plus précise à la loi d'Héraclée (5). Il argumente d'assez nombreuses ressemblances entre la caution réglementée par cette loi et le *praes*. A cette théorie, on peut faire une objection décisive. Les *praedes sacramenti* existent à la fin du troisième siècle de Rome, c'est-à-dire au début du quatrième siècle avant l'ère chrétienne ; or, la loi d'Héraclée est de la fin de ce même quatrième siècle. Le *praes* ne peut donc en tirer son origine. Il est vrai que M. Schlossmann invoque le droit de la Grande-Grèce en général, droit qui variait de ville à ville. Mais alors l'hypothèse devient trop vague et trop aisément malléable. D'ailleurs, de la ressemblance entre deux institutions, peut-on toujours conclure que l'une vient de l'autre ?

---

(1) ...*Spondentibus propinquis*..., Tite-Live, III, 46.

(2) Cf. entre seigneur et vassal.

(3) Un fait analogue s'observe dans l'ancien droit italien. — Cf. Pertile, IV, 483.

(4) Z. S. S., 1903, p. 312-314.

(5) Texte et commentaire dans D H. R., *Recueil*, I, p. 193 et suiv.

CHAPITRE III

Cas d'application de la « datio praedium ».

Par Gaius, nous connaissons l'existence de *praedes sacramenti* et de *praedes litis et vindiciarum ;* par Varron, nous savons que les créances de l'Etat sont garanties par des *praedes*. Ce sont deux classes de *praedes* (*praes* de procédure, *praes* de droit administratif) dont l'existence est certaine.

Les *praedes sacramenti* offrent un caractère nettement laïque et démocratique. Le *piaculum* primitif était tellement nécessaire aux yeux des Romains d'alors que la livraison du bétail nécessaire était une condition *sine qua non* de l'accès en justice. Avant tout, les dieux doivent être satisfaits. Lorsque à la conception religieuse d'une procédure, dont les rites et les autorités sont exclusivement d'origine sacerdotale, se substitua une procédure dont les formes et les autorités sont civiles (1), ce furent les

(1) Il est certain que tout vestige du passé n'a pas disparu, mais les pontifes n'interviennent que comme jurisconsultes ou comme sacrificateurs, et hors de l'instance.

praedes qui, en permettant de remplacer le dépôt préalable par une simple promesse, permirent de complètement laïciser le *sacramentum*. Les pontifes n'eurent plus à intervenir au début de l'instance ; ils durent se contenter, lorsque tout le procès avait été achevé, de recevoir la *summa sacramenti,* peut-être des mains du roi ou du consul (1) et certainement, après la loi Papiria (512/242 à 632/122), des triumvirs capitaux (2). Dans les *praedes sacramenti,* on a donc l'un des agents les plus actifs de la sécularisation du droit (3).

D'un autre côté, Ihering (4) a déjà fait très vivement remarquer la difficulté pour les pauvres de se faire rendre justice lorsque, à l'avance, ils devaient livrer un nombre assez élevé de têtes de bétail (5). Il était plus aisé au plaideur, dont le bon droit paraissait plausible, de trouver une caution dans sa famille ou près de son patron, par exemple. La suppression du dépôt préalable rendit plus accessible la *legis actio* aux pauvres. Cette réforme démocratique fut, elle aussi, rendue possible par les *praedes sacramenti* (6).

Nous étudierons plus loin la condition juridique des *praedes,* qui ne variait pas avec leurs diverses espèces. Il suffira ici de préciser l'objet de l'obligation des *praedes sacramenti,* ce qui constitue leur

---

(1) On peut le conjecturer, car plus tard les *praedes sacramenti* sont donnés au préteur. Gaius, IV, 13, 16.

(2) Festus, v° *sacramentum*.

(3) Cf. Kuntze, p. 43.

(4) *Scherz und Ernst*, p. 217-225.

(5) 10 bœufs ou 10 moutons. — Girard, *Manuel*, p. 984, 2.

(6) Cf. Eisele, *Beitræge*, p. 222, 223.

caractère spécifique. Le terme « obligation » est d'ailleurs trop moderne, car, comme tous les débiteurs primitifs (1), le *praes* assume un état plutôt qu'il ne contracte une obligation. C'est évidemment le paiement de la *summa sacramenti,* qu'il s'agisse de monnaies ou de bétail (2), qui motive la *datio praedium.* En présence des textes de Gaius (3), le point ne saurait faire difficulté.

Plus délicates sont les deux questions principales soulevées par l'étude des *praedes litis et vindiciarum.* A qui sont-ils fournis? Dans quel but s'engagent-ils?

Gaius, par deux fois, déclare expressément que ces *praedes* sont fournis par le défendeur au demandeur, c'est-à-dire à un simple citoyen (4). En particulier, dans le commentaire IV, § 16, Gaius oppose très expressément les *praedes sacramenti* donnés au préteur et les *praedes litis et vindiciarum* donnés à l'adversaire. Devant deux textes aussi catégoriques d'un jurisconsulte tel que Gaius, toute controverse

---

(1) Cf. Cuq, I, p. 103, 104.

(2) La monnaie publique n'est pas encore connue en 300-454, lors de la loi Aterneia Tarpeia. Mais depuis Servius Tullius, on n'avait plus qu'à peser les lingots ; auparavant même, on pouvait user de cuivre dont on vérifiait la pureté et le poids.

(3) Gaius, IV, § 13 et 16 *in fine.*

(4) « *...Praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituebat, eumque jubebat* praedes adversario dare litis et vindiciarum, *id est rei et fructuum ;* alios autem praedes ipse praetor *ab utroque accipiebat sacramenti, quod id in publicum cedebat* ». IV, § 16 — « *...Ideo autem appellata est pro praede litis vindiciarum stipulatio, quia in locum praedium successit, qui olim cum lege agebatur pro lite et vindiciis, id est pro re et fructibus,* a possessore petitori dabantur ». IV, § 94.

semble impossible (1). Et cependant la majorité des auteurs affirme que ces *praedes* sont fournis à l'Etat représenté par le préteur.

Mommsen croit ces *praedes* nécessaires pour assurer le paiement du *sacramentum* dû à l'Etat, et semble bien les confondre avec les *praedes sacramenti*. Ailleurs il considère le demandeur comme mandataire du peuple (2) ; cette dernière idée, quoique ingénieuse, ne peut être exacte que lorsqu'il s'agit d'une action populaire ; considérer tout revendiquant de son bien comme le représentant du *populus romanus* est donner aux mots un sens trop large.

Stintzing croit que l'Etat exige ces *praedes* pour être sûr de pouvoir restituer la chose au gagnant (3). Mais M. Peltier remarque, avec raison, que l'Etat primitif n'a pas de ces scrupules (4) ; interprète des dieux, jugeant sur leur inspiration, le roi est irresponsable ; plus tard, le consul, le préteur le seront aussi, lorsqu'ils agissent légalement. D'ailleurs, si le *praes* s'engage directement envers l'adversaire, la sûreté du gagnant ne diminue pas.

C'est encore l'utilité de l'Etat qui inspire Danz (5).

---

(1) On ne peut en effet affirmer que les renseignements historiques donnés dans les commentaires de Gaius soient sans valeur. Nous ignorons à quelles sources il les a puisés ; et dans le cas particulier des *praedes litis et vindiciarum*, il a dû être bien renseigné, car la *legis actio per sacramentum in rem* était encore possible de son temps, et les *praedes sacramenti*, auxquels il les oppose, se donnaient alors encore certainement.

(2) *Stadtrechte*, p. 468, 469.

(3) *Kritische Zeitschrift*, III, 355. — Cité par M. Peltier, p. 23.

(4) *Caution praedibus*, p. 24-25.

(5) *Der sacrale Schutz der Rœmer*, p. 219. — Cf. Peltier, *Caution praedibus*, p. 24.

La cité a intérêt à éviter la punition divine et, par suite, à assurer la restitution de la chose au gagnant. Mais, ici encore, on peut faire observer que l'efficacité de la garantie ne change pas avec la qualité du créancier ; aux époques primitives, les rapports de droit sont simples et la *damnatio*, émanant d'un simple citoyen, a autant de force que la *damnatio* contenue dans une loi (1). D'ailleurs, les *praedes sacramenti* assurent déjà la réalisation du sacrifice qui apaisera les dieux.

D'autres auteurs se sont attaqués directement aux textes de Gaius et ont cherché à démontrer que Gaius avait en vue non l'opération juridique, mais le résultat économique ; les *praedes litis et vindiciarum* seraient donnés au préteur mais profitent finalement au demandeur. Cela résulterait de l'évolution historique de la *datio* des *vindiciae*. Münderloh affirme que le magistrat confisqua d'abord la chose litigieuse pour la remettre lui-même au gagnant ; puis la vendit aux enchères au comptant et enfin à crédit. Les *praedes*, garantissant le versement de ce prix, s'engageaient naturellement envers l'Etat vendeur (2). Il en fut de même lorsque le magistrat remit, arbitrairement ou non peu importe, la possession intérimaire à l'un des plaideurs sans enchères préalables.

Il est possible qu'au début le roi ait confisqué ou

---

(1) Sur cette équivalence de ces *damnationes*, cf. Cuq, I, p. 104.

(2) *Sacramentum*, p. 473 et suiv. — Pour M. Costa (p. 434), au contraire, le séquestre n'intervient que si aucun des plaideurs ne peut fournir de *praedes*.

mis sous séquestre la chose litigieuse (1). Le fait cependant me semble improbable, si l'on songe qu'en droit romain les parties ont un rôle très actif dans la *legis actio*. Ce sont elles qui l'accomplissent sous la surveillance du magistrat. Plus tard, même, le préteur, impuissant à faire naître des obligations entre elles, sera obligé de recourir au procédé indirect des stipulations prétoriennes. La *stipulatio pro praede litis et vindiciarum* est une de ces stipulations (2). D'après Gaius, le rôle du préteur est le même dans la *datio praedium* (3) ; et il est impossible de contester ici son témoignage, puisque la *stipulatio,* plus récente, aurait pu plus facilement être remplacée par une obligation légale et que la procédure *per sponsionem* se pratiquait encore de son temps. La *stipulatio pro praede litis et vindiciarum* qui a remplacé les *praedes litis et vindiciarum* en a conservé le caractère. La confiscation ou la mise sous séquestre sont donc en désaccord avec le droit postérieur et la passivité originaire du magistrat.

M. Cuënot a, il est vrai, vu trace de cette intervention active dans la phrase bien connue : *Mittite ambo hominem*. Par le prononcé de cette formule, l'Etat acquerrait « sur la *res vindicta* un droit d'une nature particulière, sorte de droit de gage public,

---

(1) Dans l'action possessoire du droit normand ancien, la chose litigieuse est mise sous séquestre. (Brissaud, II, 1246.) Outre que dans le *sacramentum* le procès a lieu au pétitoire, cet exemple ne concorde pas avec l'esprit de la *legis actio*.

(2) Gaius, IV, 94. — Cf. Edit perpétuel, restitution Lenel, XLV, 2.

(3) « ...*Praetor*... jubebat *praedes adversario dare*... ». IV, § 13.

qui ne tient ni du droit de propriété ni du droit de possession (1) ». M. Cuënot donne une force exagérée à cette phrase, où se révèle bien plutôt seulement le pouvoir de police du magistrat qui met fin à une rixe sur la voie publique; pour atteindre ce but, il est inutile qu'il confisque l'objet.

La vente aux enchères n'est qu'une hypothèse. On ne saurait invoquer d'analogie avec la *fructuum licitatio* des interdits qui, évidemment, est d'une époque bien postérieure à la *datio* des *vindiciae* sans enchères, connue avant 305-449 (2). Et, de plus, parce que la vente aurait été faite sur l'ordre du roi, pourquoi conclure qu'il en recevait le prix? L'égalité entre les plaideurs est aussi bien sauvegardée si l'un a la chose, l'autre le prix. Cette dernière pratique est beaucoup plus conforme à l'idée de contrat judiciaire qui domine tout le *sacramentum*, comme les autres procédures primitives (3).

Gaius ne s'est donc pas trompé lorsqu'il déclare que les *praedes litis et vindiciarum* sont donnés au demandeur (4). Et il a soin de remarquer que si les *praedes sacramenti* sont fournis au préteur, c'est

---

(1) Cuënot, *Thèse*, p. 25. — Cf. N. R. H., 1893, p. 346.

(2) Tite-Live, III, 45. — Par suite, on ne peut songer à une transformation des *vindiciae* opérée sous l'influence des théories relatives à la possession. Il est également très peu vraisemblable que cette *fructuum licitatio* ait fait donner à l'adversaire les *praedes*, donnés auparavant au préteur, lors de sa création, par analogie avec ce qui se passait dans la procédure des interdits; car il eût été plus naturel de donner des *sponsores*, cautions de droit privé. On n'a d'ailleurs aucun indice d'une telle évolution.

(3) Cf. Cuq, I, p. 137.

(4) Cf. en ce sens, Peltier, p. 25. — Jobbé-Duval, *Etudes*, I, 343. — Schlossmann, Z. S. S., 1905, p. 296.

parce que le *sacramentum* profite à l'Etat (1). Il ne confond donc pas l'opération juridique et le résultat économique final ; au contraire, il rattache à la différence économique la différence juridique entre les créanciers. Les *praedes litis et vindiciarum* s'engagent, non envers l'Etat, mais envers un citoyen.

Ces *praedes litis et vindiciarum*, fournis incontestablement dans la *legis actio per sacramentum in rem*, le sont-ils dans l'*actio in personam* ? Evidemment, ils ne porteraient pas ce nom si caractéristique ; on aurait des *praedes* innomés garantissant l'exécution de la condamnation. Le manuscrit de Gaius ne décrit pas cette *legis actio per sacramentum in personam*. M. Girard ne parle pas de tels *praedes ;* pour lui, l'exécution assurée en matière réelle par la *datio praedium* l'est en matière personnelle par la *manus injectio* sur le *judicatus* (2). Car, la *legis actio in rem* a pour objet la chose dont les *praedes* assurent la restitution et la *legis actio in personam* vise la personne du débiteur.

Peut-être, cependant, pourrait-on concevoir que l'exercice de la *manus injectio* fut garanti par une *datio praedium* qui augmentait les chances de paiement. L'Etat, sûr de pouvoir arrêter son débiteur, exigeait cependant des *praedes*. De plus, les peuples primitifs recherchent le plus de garanties possible, et souvent l'intervention d'une caution est

---

(1) « ...*Eaque* (*summa*) *in publicum cedebat, praedesque eo nomine praetori dabantur.* . » IV, 13. — « ...*Alios autem praedes ipse praetor ab utroque accipiebat sacramenti,* quod id *in publicum cedebat.* » IV, 16.

(2) *Manuel*, p. 986.

indispensable à la conclusion de l'acte juridique (1). Les *praedes sacramenti* du perdant étaient seuls tenus ; ils devaient livrer ou du bétail ou des pièces de monnaie. Les *praedes* qui auraient garanti l'exécution dans la *legis actio per sacramentum in personam* auraient été tenus dans le même cas et d'une prestation identique ; le montant de la somme et la qualité du créancier auraient seuls différé. Je crois permis d'admettre l'existence de tels *praedes*, en observant toutefois que les textes font ici défaut.

On ne peut, en effet, assimiler à ces *praedes* les *praedes* exigés, plus tard il est vrai, par les lois latines de Bantia (ch. II) et *Acilia repetundarum* (l. 57). Ces lois prévoient une *legis actio per sacramentum in personam* (2). Mais les *praedes* ne sont demandés qu'après la condamnation, ce qui n'est pas le cas des *praedes litis et vindiciarum ;* de plus, ils appartiennent à la catégorie des *praedes* garantissant une créance de l'Etat beaucoup plus qu'à celle des *praedes* de procédure.

M. Costa semble admettre l'existence de *praedes* analogues aux *praedes litis et vindiciarum,* dans l'*actio per sponsionem* (3). Il argumente d'un texte de Plaute (4) où il voit une procédure intentée par *sponsio* devant les édiles, au cours de laquelle le défendeur aurait donné un *praes*. Je crois, au con-

---

(1) On connaît le βεβαιωτής des ventes grecques. — Cf. Beauchet, IV, 461. — Mitteis, p. 99. — Brissaud, p. 1391.

(2) Girard, *Manuel*, p 986, n. 3. — Mommsen (*Strafrecht*, p. 202, n. 1 ; 343, n. 1 ; 721) y voit des exemples de *condictio*.

(3) Costa, p. 433-434, 444.

(4) *Ménechmes*, IV, 2, 22 et suiv., cité chap. II.

traire, qu'il s'agit ici d'un emprunt fait par Plaute à son modèle grec ; M. Dareste a remarqué, en effet, qu'en Sicile, où se passe la pièce originale, il existe des magistrats chargés de recevoir les serments (1). Ce *praes* n'est probablement qu'un *sponsor*. Si l'on rejette cette opinion, il conviendra de voir dans ce texte un exemple de *praes sacramenti* (2). Ménechme a essayé en vain d'amener son client à user de l'*actio per sponsionem* moins onéreuse que le *sacramentum*. Le client s'y refuse obstinément et en donnant un *praes*, intente la *legis actio*. M. Costa lui-même est forcé d'admettre le caractère étrange de ce *praes*, car Gaius ne parle dans l'*actio per sponsionem*, que de la *stipulatio pro praede litis et vindiciarum* qui, précisément, y a suppléé les *praedes*. Il déclare que ce *praes* ne ressemble pas aux anciens *praedes* sans préciser ces différences (3).

Dans quel but sont donnés les *praedes litis et vindiciarum* ? Gaius parle de la restitution de la chose et des fruits perçus *interim*. En cas de non-restitution, le *praes* serait exécuté (4). M. Cuënot a, toutefois, soutenu que le *praes*, pendant assez longtemps, fut tenu de la restitution de la valeur de la chose seulement (5). Festus, au mot *vindiciae*, déclare qu'au début *res* et *vindiciae* se confondaient. Pseudo-Asconius considère même les *praedes litis et*

---

(1) *Nouvelles études*, p. 158.

(2) Cf., en ce sens, Girard, *Manuel*, p. 971, 3. — Cuq, I, p. 133, n. 6. — Pernard, p. 144.

(3) « ...Il praes a cui qui si allude non serba l'antica figura », p. 344.

(4) Cf. Gay-Lugny, p. 28, 31.

(5) Cuënot, *Thèse*, p. 159-160, 165, 167. — N. R. H., 1893, p. 355.

vindiciarum donnés seulement en vue d'éviter des détériorations volontaires pendant le procès (1). L'autorité de ce scholiaste est à peu près nulle ; c'est un texte à écarter. On pourrait admettre la théorie de M. Cuënot, pour l'époque tout à fait primitive ; le procès était court, les fruits peu importants, la solution simple. Toutefois, l'autorité de Gaius me semble rendre cette solution peu vraisemblable. De plus, pourquoi la valeur et non la chose elle-même serait-elle due ? Parce que la *manus injectio,* qui servait à exécuter le *praes,* et l'*actio depensi,* que M. Cuënot n'hésite pas à lui reconnaître (2), supposent une *certa pecunia.* Le magistrat, d'ailleurs, évaluait nécessairement la chose au début du procès pour fixer le montant du *sacramentum.* M. Jobbé-Duval a objecté, avec raison, que pour ce faire, le magistrat n'a pas besoin de fixer la valeur exacte de la chose ; il suffit, ce qui est plus aisé et plus rapide, d'apprécier si elle vaut plus ou moins de mille *as* (3). On peut remarquer encore que les textes n'accordent l'*actio depensi* qu'au *sponsor* et que la *manus injectio* sanctionnait des créances non liquides et non pécuniaires, comme celle qui existe contre le *fur manifestus* (4). Il convient donc d'admettre que le *praes* est tenu de la restitution de la chose même ; le texte de Gaius est en ce sens.

---

(1) Ed. Orelli, p. 191. « *...Ne interea possessionem deteriorem faciat. .* »

(2) *Thèse,* p. 160.

(3) *Etudes,* I, p. 368.

(4) Goyet, p. 35, 44. — Jordan, p. 34, n. 5, admet que les *praedes litis et vindiciarum* sont soumis à la *manus injectio,* quoique l'obligation ne soit pas de *certa pecunia.*

Que sont les *vindiciae?* Pour M. Jobbé-Duval, ce serait une amende encourue pour avoir conservé à tort la possession intérimaire (1) Car. remarque-t-il, les *vindiciae* n'auraient pu exister, lorsque la chose n'était pas frugifère, si l'on pense que les *vindiciae* sont les fruits perçus *interim* (2). Je ne crois pas l'objection décisive ; la restitution des fruits est subordonnée implicitement et évidemment à la condition que la chose soit frugifère, cas normalement prévu *Vindicias dare* correspond, d'après Gaius, à donner la possession, par suite la jouissance, intérimaire ; payer les *vindiciae,* c'est donc payer une somme égale à ces fruits ou les restituer en nature (3). Ce dernier procédé devait primitivement être seul en usage.

Un certain nombre d'auteurs ont admis que les fruits consommés sont restitués au double (4). Jordan l'explique par une faute du débiteur qui, sachant son droit incertain, aurait dû les conserver (5) On s'appuie sur un texte fort mutilé de Festus (6). M. Jobbé-Duval l'écarte du débat, parce que les restitutions sont téméraires et qu'il est difficile de voir une *vindicia* donnée à tort dans une *vindicia falsa* (7). Peut-être, en effet, serait-il plus

---

(1) *Etudes*, I, p. 368.

(2) *Etudes*, I, p. 366.

(3) L'analogie avec la *fructuum licitatio* offre un argument dont il ne faut pas exagérer l'importance.

(4) Bethmann-Hollweg, I, p. 192. — Girard, *Manuel*, 335, n. 1.

(5) Jordan, p. 52, 53.

(6) « *Si vindiciam falsam tulit, si velit is... tor arbitros tris dato, eorum arbitrio... fructus duplione damnum decidito* », v° *Vindiciae.*

(7) *Etudes*, I, 364.

prudent de ne pas utiliser ce texte. Il convient d'observer que ce texte ne distingue pas entre les diverses catégories de fruits. Etaient-ils tous restitués au double ? C'est possible, car dans la procédure de l'interdit *uti possidetis,* le gagnant obtient deux fois la valeur des fruits (1). L'analogie n'est pas suffisante, il est vrai, pour le décider. Quoique mutilé, le texte de Festus semble bien avoir ce sens. Ce serait la peine de sa résistance injuste. Néanmoins cette solution demeure douteuse.

Les *praedes litis et vindiciarum* sont donc responsables de la restitution au gagnant de la chose litigieuse, des fruits intérimaires et, peut-être, d'une somme égale à la valeur de ces fruits.

Les *praedes* de droit public ont des applications multiples. En principe, toute créance de l'Etat semble devoir être garantie par des *praedes.* Les textes sont surtout fréquents pour la période classique mais, très vraisemblablement, le principe existait avant. On en possède deux exemples au moins pour les créances contractuelles : il s'agit de prêts faits par l'*aerarium* aux particuliers, en 403-351 et 538-216 (2). Dans le premier cas (3), on sait seulement que le débiteur a dû garantir le remboursement, mais Tite-Live ne dit pas comment. Ces garanties durent être de simples *praedes.* Dans le second cas (4), il est question de *cautio praedibus praediisque.* Le procès de Scipion,

---

(1) Cf. Girard, *Manuel,* p. 1053.

(2) Cf. Mommsen-Girard, IV, p. 355.

(3) Tite-Live, VII, 21. « *...Ut populo prius cavetur.* »

(4) Tite-Live, XXII, 60. « *...Dandam ex aerario pecuniam mutuam praedibusque et praediis cavendum populo censerent.* »

en 570-184, donna lieu à une *datio praedium* en matière criminelle (1).

Ce ne sont là que des exemples (2). Dès les origines, comme plus tard, on donna des *praedes* dans les entreprises de travaux publics et la ferme des impôts, pour garantir le paiement d'une condamnation, etc. Ces *praedes* étaient tenus, suivant les cas, soit d'une prestation, soit d'une *pecunia*.

Il en était de même des *praedes* donnés à un simple citoyen. L'existence de tels *praedes* est, il est vrai, contestée par la majorité des auteurs (3). Mommsen argumente, en particulier, de la différence de formes et d'effets qui existerait, selon lui, entre les contrats de droit public et ceux de droit privé (4). En droit public, le contrat serait obligatoire *solo consensu* et l'exécution du débiteur ne serait qu'une cession sans formes de la créance de l'Etat. Avec M. Peltier (5), j'estime que ces deux idées sont peu exactes, contraires au formalisme romain et à l'effet de la *bonorum sectio* (6).

On invoque d'habitude l'absence de tout texte mentionnant des *praedes* privés. Nous avons discuté déjà les divers systèmes d'interprétation des affirma-

---

(1) Cf. Mommsen, *Strafrecht*, p. 1023, n. 1. — Tite-Live, XXXVIII, 58.

(2) On ignore pourquoi certains *vades* sont appelés *praedes vades*. — Cf. Mommsen-Duquesne, *Droit pénal romain*, I, 383, 384, qui semble y voir l'équivalent de *vades publici*. — Tite-Live, épît. XLVIII ; III, 13.

(3) Cf. Girard, *Manuel*, p. 747, n. 3. — Kübler, Z. S. S, 1902, p. 280.

(4) Z. S. S., 1885, p. 271.

(5) *Caution praedibus*, p. 28.

(6) En effet, la *bonorum sectio* est un cas où l'on acquiert de suite la propriété quiritaire.

tions de Gaius sur les *praedes litis et vindiciarum*. Ces *praedes* sont fournis à de simples citoyens. Il est donc inexact de dire qu'aucun texte ne prouve l'existence de *praedes* privés. Certains auteurs ont cru qu'il fallait s'en tenir à ce cas particulier et refusent d'admettre d'autres *praedes* privés (1). Cette réserve n'est pas nécessaire. Dans les *praedes litis et vindiciarum,* nous possédons un vestige de l'ancien droit, conservé dans la rigide *legis actio ;* c'est une survivance du droit primitif, un exemple persistant de l'antique règle. Aux époques primitives, les rapports de droit sont peu nombreux et le droit privé se confond avec le droit public. Une seule espèce de caution existait, quel que soit le créancier.

D'ailleurs, il ne serait pas impossible de découvrir quelque indice de *praedes* privés, autres que les *praedes litis et vindiciarum*. Térence en fournirait un exemple décisif, si Térence, encore plus que Plaute, ne traduisait pas de très près ses modèles grecs. (*Heautontimoroumenos,* III, 3, 44) (2). On possède un certain nombre de lettres de Cicéron, qui font allusion aux *praedes*. Il est difficile de préciser la nature de ces *praedes,* dans la plupart des cas (3). Toutefois, il serait peut-être question une fois de *praedes* privés, qui certainement ne sont pas des *praedes litis et vindiciarum*. Il s'agit d'une lettre où Cicéron, alors en Asie, parle de *praedes* qui assu-

---

(1) Jordan, p. 42, 43.

(2) *...Cliniam orat, sibi ut id nunc det, illa illi tamen*
Post datum iri mille nummum, praes sit.

(3) Cf. Karlowa, *Rœmische Rechtsgeschichte*, Bd II, Ab. I, p. 50.

reront à lui et au peuple romain le versement d'une somme d'argent (1). On peut se demander pourquoi Cicéron dit : *mihi et populo ;* il agit en qualité de gouverneur, il est vrai ; mais représentant du peuple, sa personnalité, dans ce cas, se confond avec celle du peuple ; on dit : *quaestori praedes dare* (2), *praetori praedes dare* (3), sans mentionner le *populus*. Peut-être, ce texte de Cicéron est-il, bien que prêtant à la discussion, une preuve de l'existence de *praedes* dans les contrats privés à une époque assez récente. Il est d'autant plus certain qu'ils existaient aux origines de l'institution.

Outre cette prétendue pénurie de textes, on a basé le système qui admet que le *praes* est réservé exclusivement à l'Etat, sur un texte de Varron et un de Festus (4). Ces auteurs déclarent expressément que le *praes* s'engage envers l'Etat, et n'envisagent pas d'autre hypothèse. M. Schlossmann objecte qu'à cette époque le *praes* était surtout de droit administratif et que Varron et Festus ont eu en vue le cas normal (5). La remarque est juste. De plus, certains auteurs qui suivent ici à la lettre le témoi-

---

(1) *Ad familiares*, II, 17, 4 (705-49). — *Laodiceae me praedes accepturum arbitror omnis pecuniae publicae, ut et mihi et populo cautum sit sine vecturae periculo.*

(2) *Lex Acilia repetundarum*, l. 57.

(3) Gaius, IV, 13 et 16.

(4) *De lingua latina*, VI, 74. Bruns, *Fontes*, p. 59. — *Praes est is qui populo se obligat...*, v° *Praes*. Bruns, *Fontes*, p. 27.

(5) Z. S. S., 1905, p. 306 et suiv. — On peut même considérer que cette restriction des *praedes* est inexacte, si l'on s'en tient aux termes même de Varron et de Festus. Ces auteurs ne parlent que du *populus ;* or, des municipes romains (*Puteoli*) reçoivent des *praedes* à l'époque où vivait Varron. Plus tard, du temps de Festus, il en est de même des municipes latins (Malaca).

gnage de Varron et Festus, le rejettent presque complètement, lorsqu'il s'agit de fixer la forme dans laquelle s'engageait le *praes* (1).

Parfois, on a émis un système mixte : dans une affaire privée, hors procédure, l'intervention du magistrat permettait à un citoyen de recevoir des *praedes*. M. Deloume en voit une preuve dans un fait appartenant au septième siècle, la *causa Juniana* (2). Son interprétation est restée isolée, il s'agit, en effet, ici d'une *relocatio operarum*, intéressant directement l'Etat.

Le *praes* garantit donc les créances d'un citoyen dans les premiers siècles de Rome. Ihering cite quelques applications : *cautio damni infecti, cautio usufructuaria, cautio* du tuteur Atilien (3). Cette dernière *satisdatio* ne date probablement que du premier siècle après Jésus-Christ (4) ; la *cautio usufructuaria* est également trop récente pour qu'on y ait usé de la forme vieillissante du *praes*. Au contraire, le *damnum infectum*, dont la réglementation est très ancienne et très particulière, a pu connaître des *praedes*. Ihering admet de plus que le *praes* aurait rendu obligatoires les créances de *certa pecunia* seu-

---

(1) Cf. par exemple, Mommsen, *Stadtrechte*, p. 467 et 468.

(2) *Les manieurs d'argent...*, p. 132. — On a donné le nom de *causa Juniana* à un passage des Verrines (II[a], 1, 54-55) où l'un des intéressés est un certain Junius. Chargé de réparer le temple de Castor, à Rome, le père de ce Junius s'acquitta mal de ce travail. Verrès, commis à la réception de l'*opus*, s'entendit avec un nommé Habonius ; il mit aux enchères l'exécution du travail restant à faire, moyennant une somme considérable que les *praedes* de Junius durent verser.

(3) *Geist*, 4[e] édit., III, p. 23. — Cf. Jobbé-Duval, *Etudes*, I, 346.

(4) Girard, *Manuel*, p. 285.

lement (1), sanctionnées avant les créances indéterminées. Mais les *praedes litis et vindiciarum* garantissent un fait et un *incertum*.

Le *praes* apparaît donc comme ayant pu garantir toutes espèces de relations juridiques entre citoyens. A une époque où les contrats obligatoires sont rares (2), il a fallu sanctionner indirectement les diverses opérations d'affaires entre les membres de la cité. Elles étaient peu nombreuses, c'est vrai, dans un milieu où chaque famille formait un groupe économique et politique, autant que juridique ; les besoins étaient modérés ; les échanges se faisaient surtout avec les peuples voisins et l'on traitait au comptant. Aussi, les *praedes* étaient-ils rares, mais ils existaient.

Seuls, deux actes juridiques avaient une caution différente ; c'est la comparution en justice et l'opposition à la *manus injectio* ou à l'*in jus vocatio*. Le *vas* et le *vindex* coexistent avec le *praes*. Peut-être n'en fut-il pas toujours ainsi (3). Le *vas* n'a existé que lorsque le procès a duré quelque temps ; peut-être n'a-t-il pu naître qu'après la sécularisation du *sacramentum*. Quant au *vindex*, il est peu plausible qu'une créance aussi certaine que celle qui dérive des obligations publiques, dans un aussi petit pays que le territoire romain primitif, pût donner lieu

---

(1) *Geist*, 4e édit., III, p. 23. — Cf. Jobbé-Duval, *op.* et *loc. cit.*

(2) Peut-être alors n'existait-il, en dehors du *vas* et du *vindex*, que le *nexum* et le *praes*.

(3) Pour M. Lenel, le *vas* est l'origine de tous les contrats à Rome (Z. S. S., 1904, p. 96-99). — M. Schulin, par contre, considère le *vindex* comme la plus ancienne caution romaine (*Lehrbuch*, p. 346).

à un procès. Le *praes* existe dans la procédure; il a un champ d'application plus large que le *vas* et le *vindex*.

Aussi bien, le *praes* fut l'unique caution connue à Rome, lors de la fondation de la ville, en droit public comme en droit privé. D'autres cautions naquirent en procédure. Mais le *praes* resta longtemps la caution de droit commun; en droit privé, il céda la place peu à peu au *sponsor;* en droit public, il disparut devant le *fidejussor idoneus.* La *datio praedium* coexista avec le *nexum;* entre les deux contrats, il y a une différence surtout économique; dans le *nexum,* l'obligé est la personne intéressée; dans le contrat de *praes,* c'est un tiers.

CHAPITRE IV

Condition juridique du « praes ».

Aucun texte ne nous renseigne directement sur la condition juridique du *praes* primitif. Néanmoins, on peut considérer avec une très grande vraisemblance que le *praes* fut d'abord un otage, au sens strict du mot. Livré au créancier, lors de la formation du rapport de droit dont il assure la réalisation, il restait dans cette situation jusqu'à l'exécution de la prestation promise. Il ne faut donc pas l'assimiler à l'*ostagium* du moyen âge, mais au fidéjusseur salien ou à l'otage dans les relations internationales: au moyen âge, en général du moins, l'otage n'est qu'une forme adoucie de la contrainte par corps, exercée contre un tiers en cas de non-exécution (1). Mais cette période a été précédée d'une période plus rude où la caution est de suite remise au créancier.

En usant de termes trop modernes, on peut dire

(1) Sur cet *ostagium*, cf. Le Fort, Esmein, N. R. H., 1883, p. 117-119. — Kohler, *Shakespeare*, p. 57, 58, distingue avec soin Geysel et Wirthshausclausel.

que le *praes* est exposé à la mort ou à l'esclavage, sous condition résolutoire de paiement par le débiteur. C'est bien un otage que libérera au sens technique du mot, l'exécution de la promesse. L'idée a été émise par Münderloh, mais sans preuve précise (1). Jordan invoque l'étymologie *praesides* qu'il rapproche d'*obsides* (2) ; le manuscrit de Gaius porte, en un endroit, *psides,* que Jordan développe en *praesides,* qu'il prétend avoir été mis pour *praedes,* forme contractée. La faiblesse de l'argumentation est évidente ; de plus, la ressemblance entre les mots ne prouve pas l'identité des institutions. Plus récemment, M. Jobbé-Duval considère cette théorie comme légèrement exagérée, mais reconnaît que « la même idée domine les deux institutions » du *praes* et de l'otage (3).

Je crois qu'on peut voir dans le *praes* un véritable otage (4). La sûreté réelle primitive fut à Rome la mancipation fiduciaire (5) ; il en a été de même en Grèce (6), quoique l'hypothèque y fut destinée à un

---

(1) *Praediatur*, p. 211, 212.

(2) Jordan, p. 192 et *passim*.

(3) Jobbé-Duval, *Etudes,* I, p. 343, n. 1.

(4) M. Mitteis admet que le *nexus* primitif se mancipait fiduciairement (Z. S. S., 1901, p. 122) ; en effet, l'absence de modalités dans les *actus legitimi* proclamée par Pomponius (4, 5, D., 13, 10) ne s'applique pas aux modalités tacites résultant de l'acte lui-même (Girard, *Manuel*, 711), ce qui est le cas pour la libération du *nexus* et du *praes*. D'ailleurs, je considère que le *praes* ne se mancipait pas, à proprement parler, mais assumait, par une déclaration solennelle, un état analogue à celui d'un individu mancipé fiduciairement.

(5) Avant l'*actio fiduciae*, elle a pu fonctionner grâce à l'*usureceptio ex fiducia*.

(6) Hitzig, Z. f. v. Rw., 1906 (XIX), p. 26.

brillant avenir ; les peuplades germaniques pratiquaient la vente à réméré. Le créancier a ainsi toute sûreté et l'hypothèque ou même le *pignus* sont des conceptions plus abstraites que cet engagement de la propriété. N'est-il pas admissible que, dans la sûreté personnelle originaire, il en fut de même à Rome? L'argument sera encore plus convaincant si l'on observe que le *praes* est antérieur à la *mancipatio fiduciaria;* car celle-ci n'a pu exister que lorsque les terres gentilices ont été partagées entre les *gentiles,* c'est-à-dire, d'après M. Cuq, vers le milieu du troisième siècle (1). A cette époque, la défiance est plus intense, l'action coercitive de la justice plus faible, la nécessité de garanties efficaces plus inéluctable.

On admet généralement que le premier acte juridique est un acte au comptant ; lorsque l'acte se fit à crédit, on essaya de l'imiter le plus possible dans ses formes et dans ses avantages pratiques, en faisant un paiement provisoire ; le gage devient la propriété du créancier immédiatement, mais l'exécution de la promesse en opérera le rachat (2). De même, dut-il en être du gage vivant, à une époque où la personne physique avait parfois plus de valeur que les biens et où l'obligation est un droit sur la personne et non sur le patrimoine du débiteur. Le *nexum* a été peut-être d'abord une mancipation fiduciaire ; il est devenu un engagement de la personne du débiteur, en cas de non-paiement. La

(1) Cuq, I, 75, 76.
(2) Cf. Pollock and Maitland, II, p. 185, 186.

manus injectio réalisait à l'échéance ce qui autrefois se produisait à la formation du contrat (1). Le *praes* aurait subi la même évolution ; au début, son emploi aurait permis au *nexus* de se procurer librement l'argent nécessaire au paiement de la dette (2); plus tard, sa présence accroissait les garanties du créancier. On comprend ainsi que plus tard encore, la *datio praedium* libère le débiteur originaire ; c'est que le *praes* était un paiement provisoire, il est vrai, mais effectif. Le créancier était satisfait ; le débiteur, au contraire, pouvait racheter le *praes* en payant. Cette explication de la non-obligation du débiteur s'accorde très bien avec la conception du *praes*-otage qu'elle confirme. Entre le *nexus* et le *praes,* il y aurait eu le même rapport qu'entre l'objet donné en paiement et l'objet donné en gage.

Ces idées ne sont pas susceptibles d'une démonstration rigoureuse. Néanmoins, l'état juridique et économique de la Rome primitive, les rapprochements avec la fiducie et le *nexum,* l'explication simple et claire de la libération si étonnante du débiteur par la *datio praedium,* me semblent des arguments suffisants, pour une époque aussi lointaine. L'étude du droit comparé confirme d'ailleurs cette opinion.

En droit franc, la caution fut d'abord remise au

---

(1) Par cette évolution historique, qui est au moins vraisemblable, peut-être conviendrait-il de concilier les divers systèmes soutenus sur le *nexum*, systèmes que je ne puis discuter ici. — Cf., sur ces systèmes, Senn, N. R. H., 1905, p. 49 et suiv., et Girard, *Manuel*, p. 476 et suiv., surtout la n. 1 de la p. 479.

(2) Le fidéjusseur germanique joue un rôle identique, permettant au délinquant de recueillir le *wehrgeld*. Brissaud, II, 1380, 1381.

créancier ; cette remise libérait le débiteur. Plus tard, l'otage ne fut remis qu'à l'échéance, en cas de non-paiement (1). Cet otage a disparu assez vite en droit français (2), mais il s'est maintenu plus longtemps en droit suisse ; jusqu'au treizième siècle, le patrimoine n'était pas engagé ; le paiement libérait la caution, au sens strict des mots (3). Il en fut de même dans l'ancien droit italien ; l'otage était encore incarcéré par le créancier, dès la conclusion de la convention, au début du quatorzième siècle (4) ; cependant, dans certaines villes, il était interdit, au treizième siècle, d'accepter une personne en gage (5). En droit anglais, pendant longtemps, la caution a été un gage vivant rachetable (6). En droit grec international, la caution se distingue de l'otage, quoique tous deux remplissent la même fonction ; c'est que la caution, prise parmi les vainqueurs, offre à ceux-ci la même facilité d'exécution que l'otage livré effectivement par les vaincus (7). Ces exemples, que l'on pourrait développer (8), suffisent à montrer que le droit primitif a comme caution un otage.

La loi d'Hammurabi (§ 117) qui ignore la caution proprement dite admet, semble-t-il, que la famille du débiteur peut être donnée en gage. Comme ce

---

(1) Brissaud, II, 1476, 1477.
(2) Glasson, VII, 672, 673.
(3) Hüber, IV, 884.
(4) Pertile, IV, 471, qui oppose cet otage à l'*ostàgium* adouci, également connu de l'ancien droit italien.
(5) Pertile, IV, p. 507, n. 89.
(6) Pollock and Maitland, II, p. 186. — Cf. II, p. 590.
(7) Beasley, p. 70, 71.
(8) Cf. Post, II, 665, n. 1, et Kohler, p. 57, 58, 60, n. 3, 274-277.

fait paraît dépendre de la volonté du débiteur, quoiqu'il soit question de « coacteur », il y a là peut-être un exemple d'otage. On ne peut toutefois l'affirmer. Mais ce passage est intéressant, car il montre que la sûreté n'est pas nécessairement un *sui juris,* un membre d'une autre famille. Par Tite-Live, nous savons qu'un *nexus* pouvait donner en gage à l'échéance son fils et éviter ainsi la *manus injectio* (1). Le droit italien ancien connaît aussi l'otage « mâle ou femelle, petit ou grand, régnicole ou étranger ». D'après M. Post, à Ceylan, la famille du débiteur devient le gage du créancier ; si le débiteur meurt, l'exécution de la promesse devenant impossible, elle est vendue (2). Le débiteur peut donc fournir comme *praes* un de ses enfants, sa femme, un esclave (3). Cette liberté rendait possible en pratique l'usage de l'otage.

Toutefois l'otage qui appartient à une civilisation rude a dû disparaître lorsque l'Etat put mieux se faire obéir, que les actes à crédit se furent multipliés et qu'on sentit la gêne causée par la détention d'une personne, surtout s'il s'agissait d'un *paterfamilias.* A l'exemple du *nexum,* l'état du *praes* est devenu un

---

(1) Tite-Live, VIII, 28. — Cf. Cuq, I, p. 103, n. 6.

(2) Pertile, IV, 507, n. 89. — Post, II, p. 364, n. 4. — D'après M. Révillout (*Précis*, I, p. 485), à une époque moins éloignée que la loi d'Hammurabi, en Assyrie et en Chaldée, les enfants sont donnés en gage.

(3) Paul fait peut être allusion à cette très ancienne pratique dans ses *Sententiae* (V. I, 1), *Idem nec pignori ab his* (*patribus*) *aut fiduciae dari possunt* (*filii*), et en excluant de l'hypothèque générale des biens présents et à venir la *concubina*, le *filius naturalis* et l'*alumnus* (V. VI, 16) De cet *alumnus*, on peut rapprocher « l'élève » des § 185-191 de la loi d'Hammurabi.

état d'obligé sous condition suspensive de non-paiement. A quelle époque s'opéra cette transformation ? Il est difficile de préciser. Le droit comparé, qui a connu cette même évolution (1), témoigne qu'elle s'est accomplie beaucoup plus lentement qu'on ne le croirait. La réforme terminée avant les XII Tables pour le *nexus,* doit vraisemblablement alors l'être aussi pour le *praes*. Sinon, il eût peu servi de transformer le dépôt du *sacramentum* en une promesse ; cette transformation, analogue à celle que subit le *praes,* permet de croire que le *praes* fut obligé sous condition suspensive et non résolutoire, au plus tard vers le milieu du troisième siècle.

En cas de non-exécution par le débiteur, le *praes* pouvait être mis à mort ou vendu *trans Tiberim* à moins que le créancier ne lui permît d'acquitter la dette par son travail. Le *praes* est donc assimilable à un *nexus* ou à un *judicatus*. Cette opinion est généralement acceptée (2). En effet, le débiteur qui ne paie pas est considéré comme un criminel par les peuples primitifs et on le retranche soit physiquement, soit juridiquement de la communauté (3). La mise hors la loi, la *consecratio,* l'excommunication (4), l'esclavage pour dettes, ne sont que des variantes de l'idée. A l'état d'obligé, il n'est point de

---

(1) Cf. les auteurs cités dans les notes précédentes.

(2) Cf. Gay-Lugny, p. 19, et les auteurs cités. L'expression *praedes vendere*, si fréquente à l'époque classique, a dû exprimer d'abord la réalité.

(3) Cf. Cuq, I, 104. — Dareste, *Etudes*, 79 (Inde).

(4) L'*excommunicatio* sanctionnait souvent les contrats au moyen âge ; grâce à une clause spéciale, elle était encourue *ipso facto* à l'échéance. Esmein, *Mélanges*, p. 260, 265. — Cf. Kohler, p. 61, n. 2.

nuances suivant les causes de cet état. Le *praes* a donc subi le même sort que les autres débiteurs.

Mais il est à remarquer qu'il n'est pas tenu à quelque chose ; son état est conditionnel et dépend des actes d'un tiers. Si le débiteur n'exécute pas, le *praes* est tenu de subir l'exécution sur sa personne ; le paiement qu'il ferait serait volontaire et ne serait qu'un moyen d'éviter l'exécution. Ce n'est ni un débiteur solidaire ni une caution solidaire ou accessoire. Son obligation est indépendante et d'une autre nature que celle du débiteur. On peut ajouter qu'elle est intransmissible héréditairement ; il en était ainsi plus tard de celle des *sponsores* et on n'a pas trace de la procédure connue à Gortyne pour assurer cette transmission en forçant les héritiers à s'obliger comme leur auteur (1). D'ailleurs, le droit comparé ignore, en principe, cette transmissibilité (2). Un autre caractère de l'obligation du *praes* est son rigorisme formaliste ; peu importe le motif de la non-exécution ; même le cas fortuit ne le libère pas. Le fait, bien prouvé pour les *praedes litis et vindiciarum* (3) et plus que vraisemblable pour les autres *praedes,* est conforme à l'esprit simple et brutal des législations primitives.

La loi Pœtelia, en 428-326, modifia profondément la notion de l'obligation ; d'un droit réel sur la personne du débiteur, elle fit un droit à la valeur de ses biens et de son activité ; elle supprima l'esclavage pour dettes, pour ne conserver que l'exécution sur

(1) Dareste, Haussoulier, Reinach, *Recueil*, I, 382-383.
(2) Pertile, IV, p. 479. — Post, II, p. 669.
(3) Jobbé-Duval, *Etudes*, I, 370.

le patrimoine, renforcée d'une contrainte par corps privée. La loi ne vise, semble-t-il, que les *nexi ;* mais la conception de l'obligation était changée, la réforme a dû recevoir avec le temps une application générale ; elle profita au *praes* (1).

Cette modification est d'autant plus vraisemblable qu'elle existait déjà en fait pour les *praedes* de droit public. Mommsen et M. Girard admettent, en effet, que le questeur n'ayant pas la *prensio* ne pouvait faire vendre comme esclave le *praes* (2). On peut ajouter à cette remarque que depuis la loi Valeria le *praes* semble ne pouvoir être mis à mort sans un vote du peuple ; il est, en effet, très vraisemblable qu'il était traité au moins aussi bien qu'un meurtrier et jouissait de la *provocatio*. Destinée à protéger le citoyen contre le magistrat, cette loi ne s'appliquait qu'en droit public ; aussi bien les XII Tables reconnaissent-elles encore au créancier privé le droit de vie et de mort sur le débiteur. Mais ces adoucissements de la condition du *praes* public n'existent qu'en fait (3). Le consul pouvait ordonner la vente sur la demande du questeur ; le peuple pouvait rejeter le recours en grâce. Peut-être la rudesse de cette époque (245-509 à 428-236) a-t-elle rendu fréquentes ces mesures extrêmes.

Quoi qu'il en soit, la situation du *praes* public

---

(1) Le chapitre LXIV de la loi de Malaca, opposant *praedes soluti* et *praedes non soluti*, prouve qu'à l'époque classique, certaines modifications à la condition des *sponsores* (bénéfice de division) se sont étendues à celle des *praedes*.

(2) Mommsen-Girard, *Droit public*, I, 203 ; IV, 44, n. 1, et p. 251. — Girard, *Manuel*, p. 1039, n. 2.

(3) Cf. Girard, *Organisation jud.*, I, 128, 132, 137.

était moins dure que celle du *praes* privé. La loi Pœtelia a dû déterminer une assimilation entre eux. Le *praes*, dès lors, en cas de non-exécution, pouvait être incarcéré par le créancier ; par son travail ou la cession amiable de ses biens (1), il obtenait sa libération. Le *praes* de droit public était soumis de plus à la *sectio bonorum* qui dispensait l'Etat d'obtenir une cession amiable, quelque fréquente qu'elle dût être.

Telles furent les trois phases de la condition juridique du *praes* pendant la période des origines. Il reste à déterminer comment et quand elle se réalisait, c'est-à-dire à rechercher les formes de l'engagement et de l'exécution forcée.

Au début, engagement et exécution se confondaient, puisque le *praes* était un otage. M. Schlossmann admet que le *praes* alors se mancipait fiduciairement, mais que la liberté lui était rendue *precario* (2). Cette hypothèse, inspirée de la fiducie immobilière, ne me semble pas probable pour les temps primitifs ; car la sûreté est précisément dans la possession effective du gage, qui est vivant, et pourrait, au contraire d'un immeuble, se soustraire à la reprise du créancier. Cette combinaison a, tout au plus, servi de transition avec l'état juridique suivant. Y avait-il une *mancipatio* au sens propre ? Probablement non. Le *praes* est dans l'état d'un mancipé fiduciaire ; mais cet état résulte d'une

---

(1) La *venditio bonorum* ne date que du début du septième siècle.

(2) Z. S. S., 1905, p. 292.

déclaration solennelle par laquelle il assume cette qualité. En effet, plus tard, le *praes* s'engage d'après Varron et Festus, en disant : *praes sum*. Cette forme insolite de s'obliger peut très bien être considérée comme une survivance des origines. Cette déclaration concorde avec l'effet de l'engagement, c'est-à-dire un état et non une promesse. Il est évident qu'un certain nombre de gestes rituels, de paroles consacrées, accompagnaient cette déclaration faite devant témoins, comme tous les actes juridiques primitifs.

Lorsque le *praes* n'assuma son ancien état qu'éventuellement, la forme de l'engagement resta la même puisqu'elle existe encore telle bien plus tard. Mais il fallut donner au créancier un procédé pour réaliser son droit. On admet en général que ce fut la *manus injectio* (1); l'idée paraît s'imposer; elle concorde très bien avec l'assimilation du *praes* au *nexus* et au *judicatus*. On pourrait objecter que, de l'avis général, la *manus injectio* ne sanctionne que les créances de *certa pecunia* (2). Il est facile de répondre à cette objection. Au début, la *manus injectio* est une action réelle qui tend à mettre le débiteur en la possession du créancier; elle n'exige ni une *pecunia* ni une créance liquide, mais seulement une obligation préalable (3). Elle a donc pu s'exercer contre le *praes*.

Peut-être pourrait-on songer à la *pignoris capio*. En effet, le *praes* est un gage plus qu'une caution ;

---

(1) Vg., Gay-Lugny, p. 32.
(2) Vg., Cuënot, *Thèse*, p. 160.
(3) Cf. Goyet, p. 35, 44.

ce mode de procéder, très primitif, s'emploie précisément lorsqu'il s'agit de s'emparer d'une chose que le débiteur peut racheter et de le contraindre ainsi à payer. A Rome, la coercition des magistrats, du roi et du consul en particulier, s'exerce par une *pignoris capio,* vestige de l'usage primitif général (1). Dans d'autres législations, la saisie privée, lorsque tel ne fut plus le droit commun, resta longtemps attachée au cautionnement dont elle augmentait l'efficacité, particulièrement au plège de l'ancien droit français (2). Toutefois, la saisie privée se rencontre lorsque le créancier n'a pu à l'avance stipuler de garanties, exiger en particulier un gage lors de la convention ; cependant le plège français fait exception. On peut encore observer que les exemples de saisie privée se rapportent surtout à des objets mobiliers et non à des personnes (3). Pour tous ces motifs, on ne peut affirmer que le *praes* fut soumis à une *pignoris capio.*

Néanmoins le fait me paraît fort vraisemblable, car la *pignoris capio* et la *manus injectio* primitive purement privée (4) ne diffèrent guère que dans leur objet; celle-ci vise le débiteur véritable, est une contrainte directe; celle-là est une contrainte indirecte, vise une chose appartenant au débiteur, ce qui n'est pas plus l'objet de l'obligation primitive que le *praes* n'est un vrai débiteur. La différence que j'ai

---

(1) Cf. Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, II, 457. — La *pignoris capio*, en droit franc, sanctionnait les créances du fisc et du prince.

(2) Cf. Esmein, N. R. H., 1883, p. 99, 133.

(3) Exception en droit celtique, Dareste, *Etudes*, 361.

(4) Cf. Girard, *Manuel*, p. 979-981.

cru devoir reconnaître entre le *nexus* et le *praes* existerait encore dans les procédés d'exécution ; contre le débiteur principal, une *manus injectio,* contre le tiers, gage vivant, une *pignoris capio.* Ne trouve-t-on pas, d'ailleurs, en droit comparé, un cas analogue dans la possibilité pour une tribu de se saisir d'un étranger et de le retenir jusqu'à ce qu'il soit racheté par ses compatriotes, débiteurs des saisissants (1) ?

Cette *pignoris capio,* possible au début, a dû faire place à la *manus injectio* ordinaire assez rapidement. Le souvenir du *praes*-otage s'effaçait ; peu à peu, le *praes* devenait un débiteur. Avec la loi Pœtelia, l'antique conception de l'obligation a disparu. Dès lors, il est certain que l'unique voie d'exécution contre le *praes* est la *manus injectio* judiciaire ; il est extrêmement vraisemblable que les choses se passaient ainsi depuis longtemps.

Quel que fut le procédé, le *praes* était exécuté sans jugement. Il en est ainsi du *nexus* et des obligations primitives ; dans la *pignoris capio* et la *manus injectio* originaire, l'autorité n'intervient pas et, à cette époque, on ne connaît pas encore de procès sur le fonds du droit. En fut-il toujours ainsi ? Le *praes* ne pouvait-il fournir un *vindex* ? La loi Pœtelia, qui, d'après M. Girard, enleva la force exécutoire au *nexum,* la loi Vallia qui permit au débiteur d'être son propre *vindex,* s'appliquèrent-elles au *praes* ? Pour le *praes* de droit privé, la réponse est délicate.

---

(1) C'est une caution forcée. Cf. Dareste, *Etudes,* 361 (Droit celtique).

Peut-être doit-on admettre l'affirmative, sauf en ce qui concerne la loi Pœtelia. En effet, la loi Vallia suppose encore admis le principe général de l'exécution sans jugement : elle le conserve même, quoique en subordonnant l'exercice à la non-opposition du débiteur (1).

Quant au *praes* de droit public, toujours il fut soumis à l'exécution immédiate et sans intervention de la justice. Le droit romain ne connaît pas la distinction des pouvoirs administratifs et judiciaires ; le juré de l'*ordo judiciorum* n'est qu'un expédient de la pratique ; mais toujours l'exercice de la *cognitio extraordinaria* fit de tout magistrat administratif un juge. L'ordre du consul, du questeur, du censeur, etc., qui prescrivait l'arrestation ou la saisie et la vente des biens, n'exigeait l'intervention d'aucune autorité étrangère. On ne trouve, d'ailleurs, aucune trace d'un jugement intervenant entre le *populus* et le *praes* (2). Plus tard encore, la loi de Malaca connaît l'exécution sur l'ordre des duumvirs autorisés du sénat municipal (3). Il devait, à plus forte raison, n'être pas question de jugement à une époque où le créancier privé pouvait exécuter de son autorité

---

(1) Mommsen (*Stadtrechte*, p. 472) a prétendu que les formalités, les délais et tous les adoucissements introduits dans la *manus injectio* par les XII Tables ne s'appliquaient pas aux *praedes*, parce que les XII Tables ne les mentionnent pas. Mais, outre que nous ne possédons pas le texte intégral du code décemviral, il n'y avait à Rome qu'une seule *manus injectio*, quelle que fût sa cause ; le fait ne paraît guère discutable. Le *praes* privé, qui dès cette époque se différencie du *praes* public, a donc subi la même *manus injectio* que le *nexus*.

(2) Heyrowsky, p. 66, 67. — Peltier, p. 40.

(3) Chap. LXIV.

privée le débiteur. L'obligation publique, seule connue à l'origine, s'est conservée avec ses caractères d'évidence, de publicité et de participation de l'autorité publique au profit de l'Etat seul (1).

Est-ce à dire, toutefois, qu'aucun recours n'ait été ouvert au *praes* ? Je crois qu'il n'existait pas de recours contentieux ; mais un recours gracieux était possible, soit devant le collègue du magistrat ordonnant l'exécution, soit devant un magistrat supérieur. Le sénat, de plus, pouvait intervenir d'office, en vertu de son pouvoir élevé et de son droit de contrôle sur les magistrats. Il pouvait notamment accorder des remises ou des délais. On n'a pas trace pour Rome de son intervention préalable, ainsi que plus tard l'exigea la législation des municipes. Mais, malgré tout, il n'y a pas là de jugement préalable, ni de recours judiciaire.

Le *praes* était libéré, au sens propre du mot, au début par l'exécution de la promesse par le débiteur ; en cédant ses biens ou en travaillant, il pouvait obtenir sa libération du créancier ; mais ce dernier avait le droit de le tuer ou de le vendre *trans Tiberim,* comme tout autre débiteur. D'otage, par le non-paiement, il devenait *addictus*. Plus tard, le *praes* évita l'exécution par le paiement fait par le débiteur ou par lui-même ; l'éventualité de l'état

(1) La pratique générale des peuples anciens et modernes, malgré certaines différences et atténuations, est, on le sait par ailleurs, fixée en ce sens. — On peut observer qu'à Athènes, où la contrainte par corps fut supprimée par Solon pour toute dette non commerciale, elle était possible sans jugement contre les fermiers des impôts et leurs cautions. Beauchet, IV, 451-455.

d'obligé, puis l'obligation cessait par là. Très vraisemblablement, il devait y avoir des solennités inverses de celles de l'engagement, pour opérer cette libération. Cette concordance et ce formalisme sont trop conformes à l'esprit du droit primitif pour laisser le doute sur leur existence; mais on en ignore la nature et les détails.

CHAPITRE V

Relations du « praes » et du débiteur principal.

Le terme de caution ne s'applique qu'improprement et *brevitatis causa* au *praes*. Ce n'est pas un débiteur accessoire ni même solidaire ; son obligation est éventuelle, subordonnée au non-paiement par le débiteur, mais il n'est pas obligé à payer. Il a assumé une qualité et non fait une promesse. Il n'y a pas *idem debitum,* il y a un état conditionnel. En ceci, le *praes* ressemble au *vas* (1). Toutefois le *praes* n'étant ni le débiteur véritable en fait, ni l'intéressé direct au *negotium juris,* il existe entre lui et le débiteur des relations analogues à celles du débiteur principal et de la caution.

On ne peut songer à un bénéfice de discussion qui ne fut introduit que sous Justinien. On ne peut admettre la nécessité d'une sommation préalable au débiteur. Le droit lombard et le droit burgonde connaissent cette procédure (2) ; mais ils semblent bien faire exception aux règles généralement adop-

(1) Cf., pour le *vas*, Cuq, I, p. 119.
(2) Glasson, III, 209.

tées dans les civilisations primitives (1). D'ailleurs, en droit romain, ces formalités n'existent pas pour le *sponsor,* moins archaïque que le *praes ;* le *sponsor* peut être poursuivi *de plano,* il a dû *a fortiori* en être ainsi du *praes.*

Pour le *praes,* à l'époque primitive, il y a plus. Le *praes* seul est obligé ; la *datio praedium* libère le débiteur principal. Cette idée a été mise en lumière par Mommsen ; elle est très généralement acceptée (2). Mais on la démontre en invoquant surtout des textes de l'époque classique ; or, à cette époque, je crois qu'elle n'est plus rigoureusement exacte. Mommsen lui-même semble admettre que le *manceps* était tenu *ex locato conducto* dans les entreprises de travaux publics (3) ; M. Roby généralise cette obligation à tout *manceps,* au moins au temps de Cicéron (4). Il serait téméraire et, d'après moi, impossible d'invoquer ici la pratique classique pour démontrer la règle primitive.

Mais longtemps le *praes* fut considéré comme un paiement. Au début, lorsqu'il devenait l'otage du créancier, cela était exact rigoureusement ; le souvenir s'en conserva lorsque l'état du *praes* ne fut plus que conditionnel. La transition entre les deux conditions juridiques qui, vraisemblablement, se fit par la libération anticipée et à titre précaire du *praes,* facilita la persistance de cette conception. Le droit comparé offre des exemples de cette libération

---

(1) Esmein, N. R. H., 1882, p. 47.
(2) *Stadtrechte,* p. 471. — Cf. Girard, *Manuel,* p. 747, n. 3.
(3) *Stadtrechte,* p. 472, n. 42.
(4) *Roman private law,* I, p. 480, 481.

du débiteur par l'engagement d'une caution. Dans l'ancien droit germanique, où l'otage tenait lieu de paiement, on considérait le fidéjusseur comme tenu envers le créancier et le débiteur comme tenu envers le fidéjusseur (1). Il en est de même dans l'ancien droit suisse (2) et anglais (3). Ainsi s'explique la confusion faite entre le débiteur et le fidéjusseur, le fait, au premier abord, surprenant d'un débiteur qui se porte son propre fidéjusseur (4). Cette pratique se rencontre en droit romain, ainsi qu'en témoigne la formule *idem praes ;* c'est un vestige du passé, un souvenir de l'époque où l'obligation du *praes* était seule susceptible d'exécution forcée.

A l'appui de cette théorie, on peut encore invoquer l'analogie du *praes* avec le *vindex*. Le *vindex* libère le débiteur saisi, mais s'engage à sa place. Cette libération est définitive. Le point est important à remarquer, car les textes concernant les *praedes* ne sont pas clairs sur ce point (5). A les lire, on aurait

---

(1) Brissaud, II, p. 1477-1481.

(2) Hüber, IV, p. 876.

(3) Pollock and Maitland, II, p. 191.

(4) Cf. Hüber, IV, p. 876. — En sens inverse (Kohler, *Shakespeare*, 274-277), des cautions se déclarent débiteurs personnels et otages. L'acte est de 1444. — En droit bourguignon, on trouve la formule *fidejussores, principales debitores et redditores* dans une charte de 1316 contenant une amodiation de dîme. (Parisot, *Essai sur les procureurs au Parlement de Bourgogne et Chartes de l'abbaye de Saint-Etienne de Dijon de 1309 à 1320*, Dijon, 1906, n° 67.)

(5) Dans les récits du procès de Scipion (570-184) laissés par Tite-Live (XXXVIII, 58) et Aulu-Gelle (VII, 19), Scipion, ne donnant pas de *praedes*, voit tous ses biens saisis ; l'intervention d'un tribun est nécessaire pour empêcher son incarcération. Ses deux coaccusés donnent des *praedes ;* ils restent en liberté et à la tête de leur patrimoine. Mais on ignore ce qui pourrait arriver si l'amende n'est pas payée.

pu supposer que la *datio praedium* ne procurait qu'un sursis à l'exécution. Toutefois ils semblent considérer que tout est fini par rapport au débiteur principal après l'engagement des *praedes*

On serait tenté de dire que par la poursuite du *praes,* l'obligation est éteinte. Cette observation serait inexacte. Le *praes* étant exécuté sans jugement, il ne pouvait y avoir lieu à l'effet extinctif de la *litis contestatio.* Plus tard, tous les *praedes* sont vendus, et non un seul. L'obligation du *praes* apparaît donc comme une obligation *in solidum,* éteinte par le paiement effectif, et non par une *litis contestatio.*

Comment expliquer cet effet de la *datio praedium?* C'est, me semble-t-il, la conséquence du caractère de paiement qu'offre cette *datio.* Le gage vivant ou inanimé devient propriété du créancier (1) ; ce dernier n'a donc plus rien à réclamer à son débiteur. Lorsque le *praes* ne fut plus un otage, mais un obligé éventuel, une autre idée intervint et fortifia le souvenir du passé. Avec M. Girard, il est permis de voir là une novation (2). Les peuples primitifs n'ont pas admis que la même chose pût être promise au même créancier successivement par deux personnes. Or la dette principale, provenant parfois d'un fait illicite, parfois d'un contrat dont il s'agissait de garantir l'exécution, était souvent antérieure à la *datio praedium.* Si le contrat pouvait se retarder jusqu'à ce que le *praes* puisse s'engager, le débiteur se portait *idem praes,* à moins qu'il ne tînt à rester libre. En

---

(1) Pollock and Maitland, II, p. 186.
(2) Girard, *Manuel,* p. 691, n. 3.

tout cas, pour éviter cette novation forcée, tous les *praedes* devaient s'engager simultanément.

Quoique juridiquement seul débiteur, le *praes* ne doit pas rationnellement supporter en définitive le poids de la dette. L'idée d'un recours se présente si naturellement à l'esprit qu'elle est admise sans discussion par nombre d'auteurs (1). M. Peltier objecte que le *praes* vendu *trans Tiberim* subissait une *capitis deminutio maxima* et, par suite, ne pouvait exercer de recours s'il en avait un (2). Il est fort douteux que la *capitis diminutio maxima* ait existé dès cette époque reculée (3). Quoi qu'il en soit, un *praes* vendu *trans Tiberim* devenait esclave, perdait tous ses droits et tout accès en justice. Il ne peut donc pas être question d'un recours dans ce cas.

Mais le *praes* pouvait ne pas être vendu et désintéresser par son travail ou ses biens le créancier ; peut-être avait-il le droit de payer et d'éviter ainsi l'exécution ; malgré le caractère personnel des obligations, il est difficile de lui dénier ce droit, reconnu à la caution par des législations primitives très attachées au principe de la personnalité de la dette. On rencontre même des cas où le paiement peut être exigé de tiers, parents ou compatriotes, qui ne se sont pas portés cautions (4).

Le *praes* payant avant ou après l'exécution avait-il

---

(1) Vg., Cuënot, *Thèse*, p. 160.

(2) *Caution praedibus*, p. 48.

(3) Cf. Girard, *Manuel*, p. 191, n. 1. — Desserteaux, *Etude sur les effets de l'adrogation*, Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur, 1892, p. 690, 693, 737, 738.

(4) Solidarité familiale, caution forcée du Senchus Môr.

un recours? L'affirmative me semble douteuse. Sans doute, le droit comparé offre des exemples de tels recours (1). Parfois même le fidéjusseur obtiendra le double de la créance, parfois il jouit de certains privilèges (saisie privée, dépens) (2). Par contre, le droit romain fournit un indice en sens contraire. A défaut de convention, le *sponsor* n'eut de recours qu'assez tardivement par la loi Publilia. Par suite, il serait téméraire d'affirmer que le *praes* avait un recours légal contre le débiteur principal.

Cependant, il n'était pas à sa discrétion. A côté de ces recours répressifs, les peuples primitifs connaissent des remèdes préventifs. La caution peut se saisir des biens ou de la personne du débiteur, le livrer au créancier et ainsi éviter l'exécution sans payer de ses propres ressources (3). Parfois la caution ne s'engage que si le débiteur lui remet volontairement et d'avance de quoi payer (4). Parfois la caution a autorité sur le débiteur qu'elle peut contraindre à exécuter (5). Si l'on admet que dans l'*actio sacramenti in rem* l'exécution n'est garantie que par la présence des *praedes*, il est naturel de

---

(1) Esmein, N. R. H., 1883, p. 139 — Post, II, 669 — Chez les Francs Chamaves (Gambier, p. 115), dans l'Inde (Dareste, *Etudes*, p. 77).

(2) Cf. Esmein, N. R. H., 1883, p. 127.

(3) Dareste, *Nouvelles études*, 367 (Pays de Galles). — Glasson, III, 209.

(4) Hüber, IV, 876, n. 3. — Pertile, IV, 478.

(5) Evêque, cf. Pollock et Maitland, II, p. 191. — C'est par là que le serment est une forme spéciale de cautionnement, Dieu, ou les dieux, punissant le parjure. Mais, en fait, il n'y a pas là deux débiteurs, mais un seul, dont l'obligation a une sanction religieuse redoutable. Il ne faut donc pas exagérer cette ressemblance.

penser que le *praes* pouvait saisir la chose litigieuse et la remettre au gagnant. Les *praedes litis et vindiciarum* seraient, en quelque sorte, des séquestres. De cette façon, l'égalité entre les plaideurs est sauvegardée.

Ihering a développé cette hypothèse très vraisemblable; mais il exagère en faisant des *praedes* des auxiliaires du magistrat (1). En réalité, les *praedes,* menacés d'une impitoyable exécution, devaient faire tous leurs efforts pour amener le débiteur à exécuter; leur intérêt privé les portait à faire ce que le pouvoir naissant du magistrat ne pouvait ordonner (2). Cela leur était relativement facile puisqu'ils étaient presque toujours membres de la même famille ou du même groupe. Il est donc à croire que le *praes,* très probablement dépourvu de recours, avait les moyens de procurer au créancier satisfaction, même contre la volonté du débiteur principal.

La situation était plus périlleuse pour le *praes*-otage; privé de sa liberté, il ne pouvait contraindre le débiteur à exécuter. Aussi devait-il être difficile de trouver un *praes* à cette époque, sinon dans le sein de sa propre *gens;* la *gens,* en effet, avait un certain pouvoir coercitif sur ses membres. En général, l'otage a dû être une personne soumise à l'autorité du débiteur; il aurait pu la vendre définitivement, il la mancipait fiduciairement dans ce cas. On comprend alors l'absence de tout recours et de toute

(1) *Geist,* III, p. 15, 4e édit. — Cf. Jobbé-Duval, *Etudes,* I, 349 n. 2.

(2) Chez les Germains, les plaideurs ne sont astreints à exécuter la sentence que s'ils s'y sont engagés au préalable.

contrainte sur la volonté du débiteur. Il n'y a toutefois là qu'une situation spéciale résultant des circonstances qui n'influait en rien sur celle du *praes sui juris*.

Quant aux relations entre *compraedes,* elles sont à peu près complètement ignorées. L'emploi presque constant du pluriel est une preuve de la pluralité ordinaire de *praedes*. L'effet extinctif de la *litis contestatio* ne pouvant se produire ici, ils étaient tous tenus jusqu'à parfait paiement. Le bénéfice de division, introduit d'une manière indirecte au sixième siècle par la loi Furia, ne s'appliqua pas de suite aux *praedes*. Il dut en être de même de la loi Apuleia, car toutes ces lois ne visent que les *sponsores* ou *fidepromissores*. On peut aller plus loin et penser que le non-paiement entraînait l'exécution simultanée de tous les *praedes*. Telle semble avoir été la règle à l'époque classique D'ailleurs, la condition de l'exécution étant la même pour tous se trouvait réalisée en même temps pour tous. A l'inverse, le paiement libérait ou rachetait tous les *praedes* à la fois.

CHAPITRE VI

La « subsignatio praediorum » originaire.

Le *praes* est une sûreté personnelle. L'idée est rigoureusement exacte pour la période où le *praes* fut un otage et même pour le temps où le créancier ne pouvait atteindre les biens qu'indirectement. Dans la *bonorum sectio,* à l'époque classique dans la *bonorum venditio,* le créancier a un moyen d'atteindre directement les biens; le *praes* devient une sûreté personnelle, au sens moderne du mot: il engage tous ses biens. Avec la sûreté réelle, au contraire, une partie du patrimoine est seule engagée, en principe du moins; mais le droit du créancier gagne en puissance et en efficacité. Chacune des deux sûretés a ses avantages; on essaie le plus possible de les réunir toutes deux. C'est à cette tendance si naturelle que se rattache la *cautio praedibus praediisque.* De cette *cautio,* nous connaissons l'élément personnel, le *praes;* la *subsignatio praediorum* en est l'élément réel. D'après M. Peltier, elle n'aurait

apparu que vers l'an 640 de Rome (1). En réalité, la *subsignatio* est beaucoup plus ancienne. M. Peltier croit à tort que le premier texte qui en fasse mention est la loi agraire de 643/111. Or, Polybe, mort en 627/127, y fait une allusion très claire (2). De plus, d'après Tite-Live, en 538/216, on aurait garanti *praedibus et praediis* des prêts faits aux citoyens par l'*aerarium* (3). Sans doute, l'autorité juridique de Tite-Live n'est pas très grande ; toutefois, il semble difficile qu'il ait ajouté, sans document quelconque, la *subsignatio praediorum* à la garantie ordinaire des *praedes*. Enfin, Valère-Maxime rapporte que le futur dictateur Cincinnatus, en 292/462, perdit trois arpents qu'il avait engagés à l'*aerarium* pour garantir le paiement d'une amende infligée à un de ses amis (4).

Il est certain que cette sûreté ne présente ni les caractères, ni les formes, ni les effets de la *subsignatio* classique. Mais entre les deux, il n'y a qu'une différence de développement et de milieu, comme entre le *praes* lors de la fondation de Rome et celui de cette même loi agraire. La sûreté réelle fournie par Cincinnatus est la forme primitive de la *subsignatio*.

---

(1) *Caution praedibus*, p. 12.

(2) VI, 17.

(3) Tite-Live, XXII, 60 — Il s'agit du rachat des prisonniers faits à Cannes par Hannibal. *Cum sententiis variaretur..., si quibus argentum in praesentia deesset, dandam ex aerario pecuniam mutuam praedibusque et praediis cavendum populo censerent.* — Cf. Mommsen-Girard, VII, p 334.

(4) *...Tria (jugera) quae pro amico ad aerarium obsignaverat multae nomine amisit.* Mémorables, IV, 4, 7.

Peut-on en admettre l'existence bien avant 292/462? Je ne le crois pas. Cette sûreté suppose développée la propriété individuelle et connue l'exécution séparée et directe des immeubles. Or, c'est au début du troisième siècle que s'est opéré le partage des terres gentilices (1), et vers le milieu du même siècle que le questeur usa de la *bonorum sectio*. Il me paraît très difficile que cette sûreté réelle immobilière soit antérieure à 245/509, date de la création simultanée des questeurs et des consuls (2).

Cette sûreté réelle est plus récente que les *praedes*. Elle en est venue renforcer l'efficacité, mais sans leur enlever la prédominance. Le *praes* est toujours la garantie principale et ordinaire; dans quelques cas seulement on lui adjoint une sûreté réelle. Ce caractère accessoire de la *subsignatio* ressort de ce fait que longtemps on donna des *praedes* sans *praedia,* quoique la sûreté réelle fût connue. Ainsi en fut-il dans le cas de condamnation criminelle et dans le *sacramentum* où jamais ne pénétra la *subsignatio* (3). Malgré l'élément nouveau, la *cautio praedibus praediisque* conserva son unité. De plus, seul le droit public connut la *subsignatio ;* ou plus exactement de la sûreté réelle primitive dérivent deux institutions, l'une de droit public, l'autre de droit privé. Les exemples historiques ou juridiques de *subsignatio* appartiennent tous au droit public. Varron déclare que les *praedia* servent de gage à

---

(1) Cuq., I, p. 75, 76.
(2) Sur cette date, cf. Mommsen-Girard, *Droit public*, IV, 220-225.
(3) Gaius n'en parle pas.

l'Etat (1). Et ici nous n'avons aucun texte analogue à celui de Gaius (IV, 16, 94), pour démontrer son erreur.

Malgré l'emploi du mot *obsignaverat,* on ne peut admettre que la sûreté réelle primitive fut un droit réel aussi abstrait que celui qui résulte de la *subsignatio* classique (2). Il est très vraisemblable qu'il s'agissait d'une mancipation fiduciaire. C'est, en effet, le gage des civilisations primitives analogue dans sa conception et son efficacité à l'otage (3). On pourrait objecter que l'engagement pris par l'Etat offre quelque chose d'invraisemblable, ainsi qu'on l'a fait aux auteurs qui ont soutenu que telle était la *subsignatio* classique Mais lorsque l'Etat met aux enchères la perception des impôts ou un ensemble de travaux publics, ne s'oblige-t-il pas à quelque chose ? Notamment ne devra-t-il pas payer une certaine somme après la réception des travaux ? Le débiteur, sans doute, ne pourra user des voies d'exécution vis-à-vis de l'Etat ; mais cet obstacle, qui existe encore aujourd'hui, n'empêche nullement l'existence juridique de l'obligation. Et lorsque le *sacramentum* était consigné, le roi ne devait-il pas le restituer au gagnant ? Il y a là précisément quelque chose d'analogue à une mancipation fiduciaire. Le rapprochement fait par Gaius, II, 61, entre l'*usu-*

---

(1) *De lingua latina*, V, 40. « *Praedia dicta, item ut praedes, a praestando, quod ea pignore data* publice *mancupis fidem praestant* » - Bruns, *Fontes*, p. 54.

(2) Que ce fut une hypothèque (Rivier), une sorte d'inaliénabilité (Peltier) ou un simple droit de vente, ainsi que je le crois.

(3) Cf. Hitzig, Z. f. v. Rw., 1906, p. 26. — Brissaud, II, p. 1053.

receptio ex praediatura et *ex fiducia,* fournit un indice dans le sens de l'opinion que je soutiens.

Toutefois, il convient de remarquer que le propriétaire des *praedia* peut être un tiers, *praes* ou non. Il ne semble pas que Cincinnatus ait été *praes,* car Valère-Maxime n'y fait aucune allusion et, dans ce cas, tout son patrimoine eût été vendu. Très vraisemblablement l'Etat ayant la propriété, sûr de reprendre la possession, laissait le bien *precario* au propriétaire. Ce procédé, que sa commodité a dû rendre fréquent, ne change rien d'ailleurs à la nature juridique de l'institution. Mais il a vraisemblablement provoqué l'emploi postérieur du mot *obligare* à propos de tels *praedia* (1) ; on s'habitua à considérer le *praedium,* ainsi que le *praes,* comme obligé sous condition suspensive de non-paiement. Le bien, ainsi que la personne, était la propriété du créancier dès l'engagement ; à l'échéance, il réalisait son droit en prenant possession.

Il est au moins vraisemblable que la sûreté réelle de l'Etat a subi la même évolution que le *praes,* qu'elle renforçait. Par contre, le créancier privé, moins sûr de sa force et de son action sur le débiteur, a longtemps eu besoin d'être propriétaire ou possesseur de son gage, libre de le reprendre à son gré au débiteur. Ainsi s'expliquerait que de la man-

---

(1) Le texte de Plaute (*Truculentus,* II, 1, 5) est une plaisanterie dont l'explication exacte est ici inutile à connaître ; il suffit de remarquer *fundi et aedes obligatae* à une époque où l'hypothèque est inconnue. Cf. Herzen, *La date des actions hypothécaires romaines,* N. R. H., 1899, p. 8-9, qui considère comme probable qu'il s'agit dans ce texte de fiducie.

cipation fiduciaire primitive soient nées et la *subsignatio* et le *pignus*.

Faute de textes, cette évolution reste seulement vraisemblable. Elle est toutefois conforme à l'évolution du gage immobilier qui, de vente à réméré, devint vente avec *lex commissoria* (1), et à ce fait que, plus tard, l'Etat n'a pas la possession, que la *missio in possessionem* est absente et que l'Etat vend de suite les *praedia*.

La forme est probablement une déclaration, à l'exemple de ce qui se passait pour le *praes ;* de plus, Cicéron rapproche *subsignare apud censorem* et *subsignare apud aerarium* (2). Par là, une partie des biens du déclarant devenait propriété de l'Etat ; au début, l'Etat entrait en possession, formalité qui disparut pour ne laisser que le droit d'opérer la *bonorum sectio* à l'échéance. L'exemple de Cincinnatus prouve que cette *bonorum sectio* n'atteint que les biens engagés. Elle peut s'exercer même en cas d'aliénation, car alors l'ancien propriétaire a vendu la chose d'autrui, et il ne saurait en transférer la *vacua possessio*.

---

(1) Brissaud, II, p. 1053 et suiv. — Révillout, *Précis*, II, p. 1305, 1308. — Post, II, 672.

(2) *Pro Flacco*, XXXII, 80.

DEUXIÈME PARTIE

LA PÉRIODE CLASSIQUE

Avec le septième siècle de Rome commence la période classique de l'histoire des *praedes* (1). Ils tendent de plus en plus à devenir la caution propre au peuple romain ; renforcés de la *subsignatio praediorum,* elle aussi développée, ils constituent cette *cautio praedibus praediisque* qui est la garantie normale de l'*aerarium*. Toutefois, le *praes* existe souvent sans la sûreté réelle ; à son tour, celle-ci a une existence indépendante. Il convient donc d'étudier à part le *praes* et la *subsignatio,* ne traitant qu'ensuite les questions qui intéressent ces deux institutions.

(1) C'est à propos de cette période et de la suivante qu'il est loisible de rapprocher les publicains et les fermiers généraux de notre ancien droit, qui appartiennent à une époque du développement du droit bien postérieure aux origines. Le rapprochement, d'ailleurs très intéressant pour l'histoire financière ou sociale, l'est moins au point de vue juridique.

CHAPITRE PREMIER

Formation et conditions de l'engagement du « praes » (1).

En l'absence de textes, il eût été difficile de préciser quelle capacité était requise en la personne du *praes* primitif. On peut se poser la question pour le *praes* classique. Karlowa exige que le futur *praes* soit citoyen romain ; servir de caution à l'Etat lui semble être un de ces droits qui se rapprochent des droits politiques (2). L'idée n'est pas évidente ; qu'y a-t-il de commun entre l'exercice d'un *munus publicum* quelconque et le fait de promettre l'exécution d'une obligation envers l'*aerarium* ? De plus, cette exigence ne se comprend pas, lorsqu'il s'agit de *praedes litis et vindiciarum ;* il serait bien hypothétique d'admettre que la capacité requise variait avec la qualité du créancier, d'autant plus que les

(1) Il convient de remarquer que les Romains ne possèdent pas de mot technique pour désigner cet engagement. *Jus praediatorium* ne comprend pas tout le régime des *praedes*, mais seulement l'exécution forcée et ses suites.

(2) *Rœmische Rg.*, II-1, p. 59.

praedes litis et vindiciarum et les *praedes* publics coexistent à l'époque des origines ; on n'a pas de motif décisif d'établir entre eux ici une différence.

En Grèce, un non-citoyen pouvait se porter adjudicataire des impôts, pourvu qu'il eût obtenu une sorte de *commercium* (1). Volontiers, je croirais que le *praes* devait avoir au moins le *jus commercii*. La question peut difficilement faire doute pour les municipes tels que Malaca, où l'exigence de la qualité de *civis romanus* eût été fort incommode. A Rome, la qualité de *civis* a toujours pu évidemment être requise.

M. Peltier croit que le *praes* devait être *solutus*, c'est-à-dire, d'après lui, « libre de toute obligation publique (2) ». Cela conduit à exiger chez le *praes* primitif l'absence totale de toute obligation antérieure. L'idée, nécessairement vraie pour le *praes*-otage, l'est encore, lorsque l'exercice de la *manus injectio*, suivie de la vente *trans Tiberim*, privait le second créancier de toute possibilité d'exécution forcée. Mais, à notre époque, existe la *bonorum venditio*, procédure collective Le *praes* privé ne devait donc pas nécessairement être *solutus*.

Quant au *praes* public, la réponse est plus délicate. La ligne 46 de la *lex agraria*, invoquée par M. Peltier, contient le mot *solutus ;* mais elle ne l'ex-

---

(1) Beasley, p. 4.

(2) *Caution praedibus*, p. 29, 30. — L'interprétation du mot *solutus* est délicate ; Tite-Live (II, 23) parle de *nexi vincti solutique* qui tous protestent contre la condition des débiteurs insolvables. *Solutus* ne semble pas avoir ici le sens que lui donne M Peltier. — Cf. Senn, N. R. H., 1905, p. 79, et les auteurs cités.

plique pas et les lacunes que le texte présente à cet endroit rendent fragiles toutes les interprétations. Il y a plus. Le chapitre LX de la loi de Malaca parle de *praedes non soluti* ou *non sine dolo malo soluti* pour en ordonner l'exécution et d'eux seuls ; ces mots font antithèse à *obligati*. On doit considérer que *solutus* signifie : ayant satisfait à son obligation. C'est un sens tout différent de celui que propose M. Peltier. En conséquence, l'existence d'obligations antérieures, envers le peuple ou un citoyen, n'empêche pas une personne de se faire *praes*.

En droit, donc, le *commercium* suffisait peut-être. En fait, on exigeait de plus la solvabilité ; cela est de toute évidence. Le magistrat était d'ailleurs libre d'accepter ou de refuser les futurs *praedes,* car les textes ont soin de mentionner son pouvoir, très large en cette matière (*arbitratus*) (1). Cet *arbitratus* existait-il pour le créancier privé ? On l'ignore.

Le magistrat compétent variait avec les cas. C'étaient le plus souvent le censeur et le questeur. Le censeur, semble-t-il, recevait surtout les cautions des contrats et le questeur celles des autres faits générateurs d'obligations. Dans un cas particulier, la loi agraire donne compétence au préteur urbain. Dans les municipes, ce sont les duumvirs qui ont à agréer les *praedes ;* ce sont les administrateurs financiers de la commune et la loi de Malaca le déclare (chap. LXIII).

---

(1) Loi agraire, lignes 73-74. — *Locatio operis faciendi* de Puteoli : *Qui redemerit praedes dato praediaque subsignato duumvirum arbitratu.* — Loi de Malaca, chap. LX.

Les formes dans lesquelles s'engage le *praes* prêtent fort à la controverse. Mommsen affirme que le contrat était parfait *solo consensu* (1). Car, d'après lui, telle est la règle en droit administratif, le peuple n'étant pas lié par ses propres lois. Cet argument n'a pas de valeur dans la question présentement discutée ; c'est, en effet, un magistrat et non le peuple lui-même qui conclut le contrat. Le pouvoir du magistrat n'est pas tel qu'il puisse agir à sa guise ; des formules lui sont imposées, des actes prescrits ou défendus. D'ailleurs le principe posé par Mommsen est contraire à l'esprit si formaliste des Romains ; les dieux eux-mêmes étaient tenus de rendre leurs oracles d'après le rituel consacré (2). Cette absence de formalisme est difficilement concevable pour l'époque des origines.

Pour l'époque classique, deux textes semblent peu facilement conciliables avec le principe de Mommsen. Varron et Festus affirment que le *praes* est interrogé par le magistrat et répond *praes* (3). Il y a là un contrat verbal assez analogue à la *sponsio*. Mommsen refuse toute valeur juridique à ces passages et n'y voit que l'expression de l'usage. J'ai déjà relevé ce fait que Mommsen invoque ces deux textes pour confirmer sa théorie qui réserve le *praes* au seul droit administratif. Je crois que ces interprétations sont quelque peu contradictoires. Il est très vrai-

---

(1) Cf., en ce sens, Heyrowsky, p. 13-18.

(2) Cf. Peltier, *Caution praedibus*, p. 28, n. 2.

(3) Varron, *De lingua latina*, V, 40. — Festus, v° *Praes*. *Praes est is qui populo se obligat interrogatusque a magistratu si praes sit, ille respondet : praes.*

semblable que Varron et Festus décrivent la pratique journalière dans les deux cas.

Mais cet usage était constant, précisément parce que cette formule était obligatoire. Lorsque Varron et Festus déclarent que le *praes* s'engage envers le *populus,* ils n'excluent pas expressément la possibilité d'un *praes* privé ; le feraient-ils que leur erreur serait rendue évidente par les textes de Gaius (IV, 16, 94) et, par ce fait, que des *praedes* sont fournis à des municipes, par exemple à Puteoli et à Malaca. Mais ici nous n'avons pas de raisons aussi convaincantes pour rejeter leur témoignage.

Cette forme de contracter convient à une civilisation aussi primitive que celle où naquit le *praes.* Par cette déclaration, le *praes* assume une qualité, ce qui concorde bien avec l'effet originaire de son engagement. La forme se sera conservée, parce qu'elle était traditionnelle et exprimait brièvement et clairement la nature spéciale du contrat qu'on voulait conclure. A une interrogation dont on ignore les termes (1), le futur *praes* répondait *praes sum.* C'est cette déclaration qui est essentielle à la formation du contrat ; l'interrogation n'est qu'un moyen de la provoquer, car la déclaration unilatérale est plus conforme aux habitudes primitives que la demande suivie d'une réponse (2).

On n'a aucun motif de croire que cette déclaration

---

(1) Peut-être était-ce : *An praes es?* ainsi que le laissent supposer les expressions de Festus : *interrogatus... si praes sit.*

(2) En droit normand, lorsque la festuca fut tombée en désuétude, le plège s'engageait en disant : « Je plévis. » — Cf. Esmein, N. R. H., 1882, p. 74.

ne fut pas requise des *praedes* privés. La nécessité d'une solennité n'est pas contestable, d'après l'état général du droit privé romain. Et cette formule dut être la même pour tous les *praedes,* puisque originairement on ne distinguait pas d'après la qualité du créancier.

L'engagement du *praes* n'avait pas de cause antérieure ou extrinsèque ; par suite, le créancier, quel qu'il fût, ne pouvait prononcer de *damnatio* (1). C'est donc par une déclaration personnelle dans laquelle il assume expressément sa qualité de *praes,* que le *praes* s'oblige.

Rüdorff a prétendu que le *praes* s'engageait *litteris* (2). Les textes, en effet, parlent de *tabulae publicae* où les magistrats inscrivaient les noms des *praedes.* On peut objecter à cette théorie qu'elle oublie l'existence de *praedes* privés. Il est vrai néanmoins que les noms des *praedes* étaient inscrits dans des registres publics ; mais cette mention est faite *probationis* ou *memoriae* mais non *solemnitatis causa ;* car le chapitre LXIII de la *lex Malacitana* prescrit d'inscrire *quasque locationes fecerit* (*duumvir*)... *quosque praedes acceperit...* L'emploi du passé prouve que l'acte juridique est conclu avant cette mention dans les registres.

L'engagement du *praes* avait donc lieu *verbis.* Puisque seule la déclaration est essentielle, il n'y a

---

(1) Cf. Peltier, p. 26, 27. — La *damnatio* exige, semble-t-il, un fait générateur d'obligation (délit, prêt, etc.) antérieur au prononcé de sa formule. Le legs *per damnationem* n'aura d'effet qu'en cas d'addition de l'hérédité faite par le *damnatus.*

(2) Z. f. g. Rw., X, 123.

pas là, à proprement parler, contrat verbal. Il est par suite inutile de discuter longuement un argument de Mommsen, qui déclare un tel contrat inacceptable ; car, d'après lui, *praes* et *sponsor* deviendraient ainsi impossibles à distinguer (1).

Peut-être la qualité d'otage du *praes* primitif aurait pu faire penser à un contrat conclu *re*. Mais la *datio praedis* n'est pas définitive ; le *praes* est rachetable. N'est-il pas dès lors évident que cette modalité si importante devait se manifester dans la forme de l'engagement ? Cette forme a donc été toujours la même. On ignore comment se produisait la libération du *praes*.

---

(1) L'argument, en lui-même, n'a pas grande valeur. Le *sponsor* et le *fidejussor* s'engagent tous deux *verbis*. Et cependant les effets des deux contrats sont fort différents, et les formules prononcées, qui ne sont pas identiques, suffisent à distinguer aisément ces deux espèces de cautions. — *Stadtrechte*, p. 468, n. 32.

CHAPITRE II

Effets et exécution forcée de l'engagement du « praes ».

A l'époque classique, le *praes* contracte une obligation et n'assume plus un état. Cela résulte de l'évolution générale du droit romain et, en particulier, de l'influence de la loi Pœtelia sur la conception de l'obligation, si le débiteur n'exécute pas sa promesse. Est-ce à dire qu'il existe au profit du *praes* un bénéfice de discussion ? Je ne le crois pas, car on n'en trouve aucune trace et jusqu'à Justinien, ce bénéfice fut ignoré de toute espèce de caution autre que le *praes*. Toutefois, si le *praes* n'exécute pas ou ne peut pas exécuter l'obligation (1), tous ses biens sont vendus et lui-même soumis à la contrainte par corps. Il y a là un souvenir de l'époque, où en cas de non-exécution, le *praes* tombait dans l'état d'obligé. Peut-être même, en cas de non-exécution,

(1) Par exemple, en cas d'entreprise de travaux publics.

le créancier n'a-t-il pas contre le *praes* une action tendant directement à obtenir satisfaction ; peut-être n'a-t-il que la contrainte indirecte par la menace de l'exécution forcée. Ici encore on retrouverait une survivance de la conception primitive de l'obligation.

La question est difficile à résoudre. La loi de Malaca oppose *praedes soluti* à *praedes non soluti ;* ces derniers seuls sont exécutés, mais rien ne prouve que la libération des autres n'a pas été spontanée. Toutefois, j'admettrais que le créancier a non une action, mais seulement la faculté d'exécuter. En effet, en cas de *praes* public, il n'y a pas lieu à un procès ; le *praes* est prévenu de la non-exécution par le débiteur ; s'il ne se libère pas en accomplissant la prestation promise, on passe de suite aux voies d'exécution. Très vraisemblablement, la loi Vallia n'ayant eu pour effet que de faciliter l'opposition à l'exécution, l'obligation du *praes* privé est restée exécutoire sans jugement ; les choses se passaient de même. Pourquoi créer une action en justice dont l'utilité n'apparaît pas et qui n'existait pas auparavant ?

Le *praes* contracte donc une obligation qui est munie non d'une action, mais de l'exécution forcée sans jugement. La tradition s'est ici conservée en s'adaptant aux changements généraux du droit. En est-il de même en ce qui concerne la libération du débiteur par la *datio praedium ?* On admet, en général, l'affirmative.

La formule de l'engagement du *praes* est, dit-on, indépendante. Le *sponsor* dira *idem spondeo,* plaçant ainsi son obligation en connexion avec celle du

débiteur principal. Le *praes* dit : *praes sum* (1). Ce premier argument a relativement peu de poids ; le second *praes* dira aussi : *praes sum,* et cependant entre eux il y aura certains rapports, certain lien de communauté d'intérêts ; ils sont tous deux tenus. De plus, il est faux de dire que l'obligation du *praes* n'ait aucune connexité avec celle du débiteur ; c'est la non-exécution de celle-ci qui est la condition de celle-là. L'obligation du *sponsor* est limitée, celle du *praes,* subordonnée à celle du débiteur principal. Si l'on tient compte, enfin, de l'origine lointaine de cette formule, on sera tenté de n'y voir qu'une survivance de formes extérieures qui ne préjuge en rien de la conservation du fonds du droit.

Un argument plus probant est l'absence de textes mentionnant l'exécution du débiteur principal (2). C'est ainsi que dans la *causa Juniana,* l'héritier du *locator* n'est pas poursuivi ; on ne parle que de la vente des *praedes* et des *praedia.* Il en est de même dans le chapitre LXIV de la loi de Malaca. Mais la *causa Juniana* est un récit et non un texte juridique. Comme il n'existait pas de bénéfice de discussion, Verrès avait le droit de choisir entre les *praedes* assimilables à des débiteurs solidaires. On comprend qu'il ait poursuivi les *praedes,* puisque l'un d'eux est assez riche pour payer la somme considérable exigée.

Au chapitre LXIV de la *lex Malacitana,* où il n'est pas question d'exécution du débiteur principal, on

---

(1) Peltier, p. 31, 32.
(2) Mommsen, *Stadtrechte,* p. 471.

peut opposer le chapitre LXVII qui donne une action populaire au double contre toute personne qui aura mal géré les deniers publics. Et cependant le chapitre LX exige de tout candidat au duumvirat ou à la questure une *datio praedium*. Voilà un cas où *praedes* et débiteur sont également tenus.

On invoque encore la formule *idem praes* de la *lex operis faciendi* de Putteoli. La *lex Tarentina,* en parlant du futur magistrat, dit *qui pro se praes stat,* et exige cependant des *praedes* et des *praedia* en garantie de sa future gestion. Si le débiteur peut se porter *praes,* c'est, dit-on, parce qu'il n'est pas obligé auparavant. Je crois la conclusion inexacte. Il n'y a là qu'un souvenir du passé. Lorsque le débiteur, au début non tenu comme les débiteurs primitifs, a voulu ou a dû s'obliger, il s'est servi du contrat de cautionnement, forme de contracter sanctionnée légalement, à la différence d'autres actes juridiques. Ce fut peut-être encore le moyen de tourner la règle qui exige, dans certaines législations primitives, l'intervention d'un tiers pour rendre valable le contrat. La même personne assumait les deux qualités. C'est une phase de transition entre la période originaire où le *praes* est seul tenu et la période classique où il n'est plus qu'une sûreté. On retrouve une formule presque identique dans l'ἀποδότης καί βεβαιώμενος grec (1), et une pratique analogue dans le débiteur franc qui se porte son propre fidéjusseur (2). Précisément,

(1) Cf. Mitteis, p. 506.
(2) Brissaud, II, p. 1391.

dans ces deux cas, il s'agit d'une transition entre deux états de droit.

A mon avis, *idem praes* est une formule qui s'explique par l'état de droit antérieur. Elle signifie, non que le débiteur, *pour être tenu,* doit se porter *praes,* mais *qu'il est tenu comme s'il s'était porté praes.* En principe, à l'époque classique, le débiteur est tenu. Je crois, cependant, que dans le cas de *praedes litis et vindiciarum,* le droit antérieur a subsisté. La *legis actio* est une procédure rigide ; comme autrefois les *praedes* assuraient l'exécution en nature. A cette époque, le perdant n'est pas condanmé dans le *sacramentum;* comment serait-il juridiquement tenu soit à restituer la chose, soit à en payer la valeur ?

Mommsen semble d'ailleurs ne pas être hostile complètement à l'obligation du débiteur principal. Pour le cas de *locatio operis faciendi,* tout au moins, il suppose que le *manceps* devait être tenu *ex locato conducto* (1). M. Peltier n'admet aucune exception, car, dit-il, « on ne peut être tenu que d'une seule façon, vis-à-vis du peuple, en qualité de débiteur public (2) ». Cela est possible, mais la qualité de débiteur public peut provenir de divers faits : condamnation, contrat, etc. Il n'y a pas là un motif suffisant pour exclure la possibilité de l'obligation du débiteur principal.

Le système de l'obligation du débiteur principal, outre le chapitre LXVII de la loi de Malaca, peut invoquer un texte de Festus. Ce passage, confirmant

---

(1) *Stadtrechte,* p. 471.
(2) *Caution praedibus,* p. 34.

l'interprétation soutenue plus haut de *idem praes* dit du *manceps* : « *...Idem praes dicitur quia tam debet praestare populo, quam is qui pro eo praes factus est* (1). » Une inscription fort mutilée et de date incertaine donne dans la restitution de Mommsen : « *...Boneis praedibusve ejus ex hace lege venditis...* (2). » N'est-ce pas supposer possible la vente des biens du débiteur principal? Quoique la restitution semble certaine, l'argument, évidemment, n'est pas décisif; toutefois, il mérite considération.

Enfin, un texte de Cicéron (*II^e Philippique,* 29) me paraît prouver d'une manière décisive que le débiteur principal, à l'époque classique, reste tenu malgré la *datio praedium.* Antoine s'était rendu acquéreur des biens de Pompée (*II^e Philippique,* 26) et avait donné des *praedes* (*II^e Philippique,* 29, 31). Le prix n'ayant pas été versé, César l'invita à payer (*appellatus es de pecunia quam... pro sectione debebas*). Antoine refusa. César ordonna de saisir les biens d'Antoine et de ses cautions (*ad te et ad praedes tuos milites misit*). Le patrimoine d'Antoine allait être vendu à l'encan, lorsque César lui accorda quelque délai (*paucis tibi ad solvendum propter inopiam tuam prorogatis diebus*). Cicéron ne mentionne

---

(1) V° *Manceps.* — Bruns, *Fontes,* p. 13.

(2) Bruns, *Fontes,* p. 121. La loi agraire (l. 74), en cas d'absence des garanties promises, ordonne une revente du bien au comptant. Mais on ne sait si l'acheteur négligent était tenu à la différence entre les deux prix de vente, s'il y en avait une. On ne peut dire s'il s'agit d'une simple déchéance ou d'une folle enchère. *Praetor... nisei praedium ante ea* (délai de 120 jours accordé à la ligne 73) *ob eum agrum locum in publico obligatum erit in publicumve praes datus erit, agrum locum, quo pro agro loco satis ex hace lege arbitratu praetoris subsignatum non erit, pequnia praesenti vendito.*

pas de paiement fait par Antoine, qui, après un voyage en Gaule, revint en toute hâte à Rome (*ne L. Plancus praedes suos venderet*) (*II^e Philippique,* 31). Ce récit, auquel on pourrait donner le nom de *causa Antoniana* par analogie avec la *causa Juniana,* prouve qu'en 710-44, date de ce discours, la *datio praedium* ne libère plus le débiteur principal. Poursuivis en même temps que ce dernier, les *praedes* ne sont plus les débiteurs uniques ; ce ne sont pas encore des débiteurs accessoires, car, sans le délai de grâce accordé à Antoine, il eût été exécuté avec ses *praedes.* Ce sont des débiteurs corréaux où plutôt *in solidum,* puisque leur obligation ne peut s'éteindre par *litis contestatio.*

L'obligation du *praes* ne présente plus à l'époque classique les mêmes caractères que dans le droit primitif. L'inexécution d'une obligation n'est plus considérée comme un délit. Est-elle devenue transmissible? On pourrait le supposer, car la ligne 101 de la *lex agraria* parle peut-être de l'action contre les héritiers. Mais *heredibus* n'est qu'une restitution; tout le passage est fort mutilé. De même qu'il serait téméraire d'argumenter de *nomina mancupum* pour soutenir que le *manceps* est tenu, de même nous ne pouvons affirmer que, en 643-111, l'obligation du *praes* fut transmissible. Néanmoins ce texte pourrait fournir un indice en faveur de la transmissibilité de l'obligation. Mais la loi de Malaca ne mentionne pas les héritiers des *praedes ;* cela est d'autant plus remarquable qu'elle parle des héritiers des *praediatores* et des concussionnaires, pour donner, en leur faveur ou contre eux, les mêmes actions qui exis-

taient pour ou contre le créancier ou le débiteur primitifs (1).

On peut observer, de plus, que l'obligation des *sponsores* resta toujours intransmissible. Le droit comparé connaît parfois la transmissibilité du cautionnement ; mais parfois certaines espèces de cautions demeurent intransmissibles (2). Je crois, pour ces motifs, qu'il est possible, mais peu probable, que l'obligation du *praes* se soit transmise à ses héritiers.

Lorsque le *praes* n'exécutait pas au défaut du débiteur, le créancier pouvait de suite procéder à l'exécution forcée sans jugement préalable. En cas de *praedes* publics, cette idée ne peut guère être contestée. Quant aux *praedes* privés, je ne vois pas trace d'un changement dans leur condition. La loi Vallia n'a pas enlevé la force exécutoire aux créances pour lesquelles elle existait auparavant, ce qui est le cas ici. Elle a seulement permis au débiteur de faire opposition lui-même à la saisie. Un procès est possible mais non indispensable ; il ne peut que suivre et non précéder la saisie. L'obligation du *praes* est donc restée exécutoire sans jugement.

A l'appui de cette idée, l'évolution de l'exécution du plège français fournit un indice de quelque importance. Exécuté par saisie privée comme tout

---

(1) Loi de Malaca, chap. LXIV, LXV, LXVII. — *Quos praedes quaeque praedia quosque cognitores duumviri... vendiderint, de iis quicumque jure dicundo praeerit, ad quem de ea re in jus aditum erit, ita jus dicito judiciaque dato ut ei qui eos praedes... mercati erunt... heredesque eorum... de is rebus agere... recte possit.* Ch. LXV.

(2) La simple plévine était intransmissible, mais la plévine de dette passait aux héritiers. — Glasson, VII, 651. — Esmein, N. R. H., 1883, p. 121.

débiteur au début, il le fut encore par exception au droit commun, précisément jusqu'au moment où les actes notariés permirent de lui procurer la force exécutoire par un retour au droit commun (1).

Par la force exécutoire, le *praes* se distingue du *sponsor*. On comprend ainsi que les *praedes* aient fourni une sûreté équivalente à la *satisdatio pro praede litis et vindiciarum* où le gagnant avait un débiteur de plus : le perdant. La *legis actio* a conservé l'ancien système des *praedes* seuls tenus mais exécutoires sans jugement ; la procédure *per sponsionem* a un caractère entièrement moderne dans sa *stipulatio pro praede litis et vindiciarum* et ses cautions identiques aux autres *sponsores*.

Le créancier privé réalisait son droit en s'emparant de la personne du débiteur et en demandant à user sur les biens de la *bonorum venditio*. On n'a pas, il est vrai, de preuve directe de cette façon de faire. Mais on ne voit pas quel autre procédé le créancier du *praes* aurait pu employer. Il est très invraisemblable que l'antique *manus injectio* se soit conservée contre le *praes*. Gaius n'admet que deux exceptions à l'abrogation de la *legis actio : sacramentum* devant les centumvirs et en cas de *damnum infectum* (2). D'ailleurs, son effet ancien de la possibilité d'une vente *trans Tiberim,* est évidemment impossible. Tout au plus pourrait-on penser à une survivance de la formule malgré la loi Julia.

Le *praes* engagé envers l'Etat subit la *bonorum*

---

(1) Esmein, N. R. H., 1883, p. 133.
(2) Gaius, IV, 31.

sectio. Plus tard existent deux ventes *lege praediatoria* et *in vacuum*, qui datent vraisemblablement du premier siècle de l'ère chrétienne. Elles sont communes aux *praedes* et aux *praedia* (1). Aussi n'étudierai-je ici l'exécution du *praes* public que jusqu'à la fin de la République environ.

Il ne semble pas probable que la qualité de *praes* ait modifié les formes ou les effets de la *bonorum sectio* ordinaire. C'était une vente à l'encan sur l'ordre du questeur chargé de recouvrer les créances de l'*aerarium*. Elle fait du créancier un héritier *jure civili*, transférant la propriété quiritaire des choses corporelles sans tradition ou mancipation et le rendant créancier ou débiteur comme le défunt (2).

On s'est demandé parfois si une classe de biens n'échappait pas à la *bonorum sectio*. Il s'agit des biens dotaux ; propriété du mari, ils paraissent devoir être vendus avec ses autres biens. La raison de douter vient de la loi 54, D, 23, 3 (3). Gaius, en son commentaire sur l'édit du préteur urbain, au titre *De praediatoribus*, éprouve le besoin de déterminer les biens dotaux. Il est assez naturel de penser qu'il le fait parce que ces biens échappent au *praediator*.

---

(1) Cf. chap. VII, VIII, *infra*. — A propos des ventes *lege praediatoria* et *in vacuum*, j'examinerai certaines questions qui se posent également en cas de *bonorum sectio*. Les deux théories se complètent mutuellement.

(2) C'est du moins l'opinion dominante. — Cf. Girard, *Manuel*, p. 1039.

(3) *Res quae ex dotali pecunia comparatae sunt, dotales esse videntur*. — Très vraisemblablement, ce titre de l'édit existait avant le temps de Gaius ; il n'y a pas, me semble-t-il, d'anachronisme à craindre en l'invoquant pour connaître l'exécution du *praes* classique.

M. Lenel considère cette interprétation comme vraisemblable et y rattache le *praejudicium quanti dos sit*. Rivier proposait déjà la même solution (1). Elle est évidemment plausible, mais, ainsi que le fait M. Lenel, on ne peut soutenir cette théorie que sous toute réserve. En tout cas, le paragraphe 5 de l'édit du préfet d'Egypte, Tibère Alexandre, qui donne expressément cette solution, ne saurait être invoqué ici ; car, en droit grec, la femme restait propriétaire de sa dot, ainsi que cet édit le reconnaît (l. 25) ; de plus, en Egypte, ce sont les règles relatives aux débiteurs du fisc et non de l'*aerarium* qui s'appliquaient.

M. Lenel a également admis l'existence d'un privilège au profit de l'Etat sur les biens du *praes* (2). Il s'appuie en particulier sur l'étymologie *praevas*. Cette étymologie est inexacte. Serait-elle vraie que l'argument qu'on en tire est bien faible. Le *subvas* est une sorte de certificateur de caution ; mais qu'est le *praevas ?* Une caution préférée aux simples *vades* d'après cette étymologie même. Mais alors, où voit-on ce privilège envers toute autre créance ? Avec M. Schlossmann (3), je considère ce privilège comme fort hypothétique.

Telle était l'exécution forcée du *praes* public. Mommsen a proposé une autre procédure. L'Etat vend sa créance contre le *praes* et en touche le montant. C'est ensuite au cessionnaire à rentrer

(1) Lenel-Peltier, *Edit*, II, p. 122. — *Untersuchungen*, p. 126, 127.
(2) Z. S. S., 1903, p. 414.
(3) Z. S. S., 1905, p. 293-294.

dans ses avances (1). J'aurai à discuter cette théorie lorsqu'il s'agira de déterminer la nature des ventes *lege praediatoria* et *in vacuum*. Toutefois, il convient de démontrer l'inexactitude de cette théorie, afin de confirmer cette idée simple et qui semblerait s'imposer que le *praes* est exécuté comme tout autre débiteur public. Mommsen argumente d'un passage de la *lex Julia municipalis,* d'après lequel, lorsque le propriétaire riverain d'une voie publique ne coopère pas au pavage de la rue, le travail est exécuté par un entrepreneur qui a une action au double contre le propriétaire négligent (2). Ce texte doit être écarté du débat, car il n'y est point question de *praedes*.

Mommsen s'appuie encore sur la *causa Juniana ;* Verrès met en réadjudication des travaux mal exécutés et les *praedes* de l'entrepreneur primitif paient le montant de l'enchère au second adjudicataire (3). Remarquons tout d'abord que ce procédé se comprend bien en cas de *locatio operis faciendi ;* l'Etat

---

(1) *Stadtrechte*, p. 474 et suiv.

(2) Lignes 33-46.

(3) Cicéron, *In Verrem*, II[a], I, chap LIV-LV. — Cf. part. I, chap. IV. Verrès avait jugé mal exécutée la réfection du temple de Castor par Junius. Ce dernier était mort, laissant un fils impubère dont les tuteurs étaient ses propres *praedes*. Ces tuteurs conclurent avec le nouvel adjudicataire de l'entretien du temple, Habonius, une sorte de transaction que Verrès n'approuva pas. Il remit en adjudication le travail mal fait, pour une somme énorme que Verrès et Habonius devaient se partager. Les tuteurs se présentent à l'adjudication. Verrès, craignant de perdre le bénéfice de l'opération, introduit une clause nouvelle qui exclut ces tuteurs-*praedes* Habonius, demeuré sans concurrent, est déclaré adjudicataire. Le prix fixé est versé à son profit au greffier de Verrès, par l'oncle de Junius, Brutus, qui craignait de voir ses biens vendus.

a droit à une chose, il l'obtient. L'inexécution de l'obligation peut tenir à d'autres causes que l'insolvabilité du *manceps* ou de ses *praedes;* le nouvel entrepreneur a donc chance d'être payé. Au contraire, lorsque le *manceps* doit une somme d'argent, la personne qui verserait en cas de non-exécution la somme due, ne rentrerait vraisemblablement pas dans ses avances. Le procédé, décrit par Mommsen, ne saurait, par suite, s'appliquer qu'à certains *praedes*. Mais, en réalité, il n'est pas question dans la *causa Juniana* d'exécution des *praedes*. Huschke partage l'avis de Mommsen, parce que Cicéron parle de *bonis praedibus praediisque vendendis* (1). Mais Jordan (2), Zimmermann (3), M. Peltier (4) ont remarqué avec raison que, dans le reste du récit, il n'est pas question de vente des *praedes;* le nouvel adjudicataire est qualifié de *locator, redemptor* et non *praediator*. Ces observations sont justes. De plus, les *praedes* se portent adjudicataires lors de la *relocatio* et ne sont écartés que par un coup de force de Verrès. Comment admettre cette intervention s'il s'agit d'une véritable exécution? Il n'y a dans cette *relocatio,* ainsi que le propose M. Peltier, qu'un moyen pour le *manceps* et les *praedes* d'éviter l'exécution sur leurs biens. Eux-mêmes ou un *redemptor* payé par eux réparaient les défectuosités du travail

(1) Z. f. g. Rw., XIV, 269 — Ces mots *bonis praedibus* ont fait l'objet de nombreuses discussions assez inutiles. Le plus simple, à mon avis, est de considérer *bonis* comme un adjectif. — Cf. Peltier, 81, 82.

(2) P. 29-31.

(3) P. 28-33.

(4) P. 81-84.

primitivement exécuté. Les paroles de Cicéron n'ont d'autre valeur que celle d'un mouvement oratoire où, pour stigmatiser la conduite de Verrès, l'orateur rappelle les louables coutumes des autres magistrats dans les véritables *venditiones* (1).

Il est possible que, dans quelques cas, cette exécution en nature, prévue par la loi *Julia municipalis,* ait existé dans le droit administratif romain et que cette *relocatio* s'en soit inspirée. Mais ce n'est pas là le droit commun de l'exécution des *praedes,* ni l'exécution forcée à proprement parler. Ce n'est qu'un expédient de la pratique.

Outre le patrimoine des *praedes,* soumis par conséquent à une *bonorum sectio* ordinaire, la personne du *praes* est-elle encore vendue ? Müller l'a soutenu (2). Il interprète littéralement l'expression *praedes vendere ;* mais il n'y a là qu'une formule traditionnelle, vraie seulement à l'origine. La conservation de la formule ancienne a été facile, parce que l'exécution sur la personne est le mode seul légal et que la *bonorum sectio* comme la *bonorum venditio* ne viennent théoriquement qu'en seconde ligne. Cette expression indique clairement que tout le patrimoine est saisi et vendu comme suivant le sort de la personne. Enfin, on retrouve encore aujourd'hui des expressions analogues pour indiquer la vente des biens d'un débiteur insolvable (3).

---

(1) Cf. Zimmermann, p. 33.

(2) En ses notes sur Festus, p. 151.

(3) En France, dans le langage habituel. Il en est de même en Angleterre, d'après M. Roby (*Roman private law*, II, p. 425).

Quant au texte de Juvénal invoqué par Müller (1), il n'a vraisemblablement pas ce sens. Et les exemples connus de vente de la personne ne s'appliquent qu'à des criminels et non à des insolvables (2). Aussi bien l'opinion de Müller, qui semble être restée isolée, ne peut-elle être acceptée.

Le *praes* qui payait ou était exécuté avait-il un recours contre le débiteur principal? On ne saurait l'affirmer avec certitude. Sur ce point, la *causa Juniana* n'est pas très claire; Cicéron semble bien faire grief à Verrès de la ruine définitive du jeune Junius; mais était-ce l'effet du recours? Il y a eu dans ce cas particulier un autre motif pour que Junius supporte définitivement la dette; car les *praedes* sont également ses tuteurs; ils pouvaient invoquer l'idée d'une *negotiorum gestio* et probablement user de l'*actio tutelae contraria,* créée vers cette époque. A ma connaissance, on ne possède aucun texte qui fasse allusion à un recours légal et de nature spéciale. En fait, très souvent le *praes* pouvait invoquer une gestion d'affaire ou un mandat. Rivier préfère accorder au *praes* l'*actio depensi,* parce que le *praes* est qualifié parfois de *sponsor* (3). L'argument est évidemment insuffisant; et le *praes* est différent du *sponsor,* quoique offrant évidemment quelques

(1) *Praebere caput domina venale sub hasta.* Satires, III, 33. — Il s'agit ici plutôt de vendeurs d'esclaves. Tout le passage fait allusion à des métiers sordides et non à des *praedes* ou à des débiteurs exécutés.

(2) Tel le chevalier vendu par Auguste (Suétone, *Vita Augusti,* 24). — Cf. les exemples donnés par Mommsen, *Strafrecht,* p. 43, 44.

(3) *Untersuchungen,* p. 129.

ressemblances avec lui. Varron les distingue avec soin ; Festus emploie *sponsor* dans un sens large en disant : *Compraedes, ejusdem rei populo sponsores* (1).

Ce même texte de Festus n'est pas suffisant pour admettre un recours entre *praedes pro socio* ou un bénéfice de division. Sur ce dernier point, le chapitre LXIV de la *lex Malacitana* permet d'être plus affirmatif. Il y est parlé de *praedes non soluti* dont l'exécution est ordonnée ; l'antithèse est évidente avec des *praedes soluti* qui ne seront pas exécutés et que, pour ce motif, la loi omet. Est-ce exagéré que de voir là la trace d'un bénéfice de division ? Je ne le crois pas. Le bénéfice de division existe donc pour les *praedes* à la fin du premier siècle après Jésus-Christ, tout au moins. Mais nous ignorons quelles en étaient les conditions et les effets. On ne peut pas non plus affirmer qu'il existait en droit privé et même pour toutes les catégories de *praedes* publics.

---

(1) V° *Compraedes.* — Varron, *De lingua latina*, VI, 74. « *Sponsor et praes et vas neque idem, neque res a quibus hi, sed e re simili.* » (Bruns, *Fontes*, p. 59.)

CHAPITRE III

Cas d'application de la « datio praedium ».

Les *praedes* donnés dans les contrats passés entre particuliers n'ont pas dû persister durant la période classique. Aucune loi n'en a proscrit l'emploi. Mais on n'en trouve aucun exemple certain. Varron et Festus, en les omettant, prouvent qu'ils étaient peu connus en pratique de leur temps.

En procédure, les *praedes sacramenti* existaient certainement, car la *legis actio per sacramentum,* possible devant le préteur jusqu'aux *leges Juliae judiciariae* (probablement 737-17), fut toujours admise devant le tribunal des centumvirs. Les *praedes litis et vindiciarum* eurent le même sort. C'était la seule espèce de *praedes* privés qui put avoir quelque importance à notre époque. Toutefois, la *legis actio sacramenti in personam* où ils n'existaient pas, sanctionnait également la *sponsio* devant les centumvirs. Si l'on admet que la compétence des

centumvirs n'était pas exclusive, on pourrait supposer que, en fait, les *praedes* n'étaient pas très fréquents en pratique (1).

Il en était tout différemment des *praedes* en droit administratif. On sait toute l'importance des sociétés de publicains dans les derniers siècles de Rome républicaine. Ces sociétés affermaient le produit des impôts et autres revenus de l'Etat sous le nom du *manceps* ou adjudicataire (2). Mais, en réalité, c'était la société qui fournissait les fonds nécessaires. Juridiquement, d'ailleurs, le *manceps* n'était définitivement adjudicataire que lorsqu'il avait donné des *praedes*. Karlowa a été plus loin et déclare que les *praedes* étaient nécessairement les *socii* du *manceps* (3). Il s'appuie sur le chapitre LXV de la loi de Malaca (4). Le texte n'est pas décisif; on peut y distinguer *praedes* et *socii*. Cette dernière interprétation est rendue plus vraisemblable par le caractère d'énumération de ce passage. Mais *praes socius* semble former nécessairement une locution unique dans un texte de Cicéron : *Postremo ne in predae quidem societate mancipem aut praedem socium extra tuorum gladia-*

---

(1) M. Jobbé-Duval (N. R. H., 1905, p. 12, 13) considère qu'à partir de la seconde moitié du premier siècle, les *praedes litis et vindiciarum* ont dû être rares.

(2) Il en était de même dans la ferme de l'ancien régime. Brissaud, I, 946. — Le nom de publicains convient aussi aux entrepreneurs de travaux publics (Polybe, VI, 17).

(3) *Rœmische Rg.*, II-1, p. 41-43. — Rivier (p. 127) ne se prononce pas.

(4) *...Duumviri... ad quem de ea re in jus aditum erit, ita jus dicito... ut ei qui eos praedes... mercati erunt, praedes socii heredesque eorum... de is rebus agere... recte possit.*

torum numerum... reperire potuisti (1). Si *praes socius* n'était pas une expression courante, Cicéron aurait dit : *mancipem aut praedem aut socium,* ce qui eût été seul correct.

Par contre, Polybe distingue parmi les membres des sociétés de publicains quatre groupes : le *manceps,* les *socii,* les *praedes,* les cautions réelles (2). En Egypte, les impôts étaient recouvrés sous l'Empire au profit du fisc, mais par des sociétés ressemblant fort aux *societates publicanorum.* Outre certains cas où il existe des colocataires non associés, l'existence d'une société n'est pas obligatoire ; l'Etat conclut le contrat avec le seul *manceps* (3). Toutefois M. Wilcken admet que les cautions participaient aux risques et aux gains de l'entreprise ; mais il n'y avait là qu'une conséquence de leur engagement en ce qui concerne les pertes, et il suppose que leur participation aux bénéfices provenait d'une prime accordée par le trésor public (4). Il n'y a pas là de société, à mon avis. La société n'existe qu'en vertu d'un contrat conclu entre l'adjudicataire et ses futures cautions ; ces dernières s'engagent directement envers l'Etat (5). Le *manceps* qui engage la *societas publicanorum* n'engage pas les *praedes.*

Je conclurais volontiers en disant que les deux

---

(1) *Pro domo,* 18, 48. — Cicéron s'adresse à Clodius.

(2) « Οἳ μὲν γὰρ ἀγοράζουσι παρὰ τῶν τιμητῶν αὐτοὶ τὰς ἐκδόσεις, οἱ δὲ κοινωνοῦσι τούτοις, οἱ δ'ἐγγυῶνται τοὺς ἠγορακότας, οἱ δὲ τὰς οὐσίας διδόασι περὶ τούτων εἰς τὸ δημόσιον. » — VI, 17.

(3) Wilcken, *Ostraka,* I, p. 544, 547.

(4) *Ostraka,* I, p. 553.

(5) Wilcken, *Ostraka,* I, p. 548. — Cf. Bortolucci, *Bullettino,* XIX, p. 273.

qualités de *praes* et de *socius,* loin d'être incompatibles, se rencontrent fréquemment en la même personne. Mais le *praes* n'est pas *ipso jure socius;* il faut un contrat exprès. On comprend, dès lors, que l'on ait des *praedes,* des *socii,* des *praedes socii* (1). La qualité de *socius* intéresse les rapports des *praedes* entre eux; celle de *praedes* vise leur lien avec l'Etat.

Quoi qu'il en soit, ce fut l'institution du *praes* qui, en offrant à l'*aerarium* une garantie efficace, a permis le fonctionnement de ces puissantes sociétés dont on connaît le rôle important dans l'histoire de Rome. Les divers détails de la réglementation des *praedes* ne sont donc pas seulement intéressants au point de vue juridique; on se rend compte de leur portée pratique dans l'histoire politique et sociale de la République romaine.

La ferme des impôts est l'une des applications les plus remarquables des *praedes* publics; ce n'est pas la seule. La loi latine de Bantia et la loi Acilia *repetundarum* offre des exemples de *praedes* garantissant des condamnations criminelles, la *causa Juniana* et la *lex operis faciendi* de Puteoli, dans les entreprises de travaux publics, la loi agraire dans les ventes domaniales, le chapitre LX de la loi de Malaca et les lignes 9-13 de la *lex Tarentina* dans la gestion des deniers publics. On peut dire que toute créance, même éventuelle, de l'*aerarium* ou des municipes

(1) Dans l'ancien droit français, les fermiers généraux sont réunis en société et sont les cautions de l'adjudicataire. Pion, p. 91. — En droit athénien, les fermiers des impôts et leurs cautions sont généralement associés. Cf. Bœckh, I, p. 407.

est, en principe, garantie par une *datio praedium* (1). Outre les formes ordinaires d'engagement, on rencontre une *relatio* dans les registres de l'*aerarium*, simple mesure de comptabilité, et une sorte d'affichage permanent d'où résulte, en fait, la publicité de l'engagement des *praedes*. Nous insisterons sur ces dernières questions à propos des formes de la *subsignatio praediorum*.

---

(1) Aujourd'hui, la pratique du cautionnement en espèces a restreint l'emploi des cautions dans les contrats administratifs ; lorsqu'elles existent, elles peuvent être associées ou non, comme les *praedes*.

CHAPITRE IV

Nature et cas de la « subsignatio praediorum ».

A l'époque primitive, la sûreté réelle exigée par l'*aerarium* résulte, me semble-t-il, d'une vente à réméré devenue ensuite une vente avec *lex commissoria*. Il a paru, en effet, possible d'y voir une mancipation fiduciaire peu à peu atténuée (1). C'est donc un acte juridique produisant des effets propres. La *subsignatio praediorum* classique en est sortie par développement interne. Elle est, par suite, une institution juridique particulière, ayant ses conditions et ses effets spéciaux.

Bachofen, cependant, a prétendu que la *subsignatio* n'était que l'indication des biens les plus

(1) L'absence de modalités dans les *actus legitimi* ne saurait pas plus constituer une objection contre cette solution que contre la conception du *praes* primitif, considéré comme un otage. L'*usureceptio ex praediatura* (Gaius, II, 61) suppléait à l'*actio fiduciae*, née tardivement et restreinte à la mancipation fiduciaire proprement dite. Cf. *infra*, chap. VIII *in fine*.

précieux des *praedes,* une preuve de leur solvabilité et un moyen de faciliter l'exécution en faisant connaître, au créancier, les biens immobiliers qu'il aurait à saisir. M. Roby considère cette théorie comme probable (1). Je crois que ce système est inexact. Car on ne comprend pas, alors que la loi de Malaca ordonne expressément la vente de ces *praedia,* qui auraient été vendus avec les autres biens du *praes,* dans l'opinion de Bachofen, sans qu'il fût besoin de cette mention particulière (2). De plus, comment expliquer que les *praedia* puissent exister seuls et indépendamment des *praedes,* possibilité qui ressort, en particulier, d'un texte de Tacite (3)?

En sens inverse, Mommsen n'est pas loin d'admettre que la *subsignatio* pouvait ne pas être expresse et qu'elle n'en produisait pas moins tous ses effets (4). Pour lui, elle résulte nécessairement de l'engagement des *praedes;* car, observe-t-il, on rencontre constamment *praedes praediaque* et, dans l'inscription de Puteoli, on annonce des *praedia subsignata* quoique seuls les noms des *praedes* y figurent. La démonstration n'est pas convaincante. Pourquoi les textes parlent-ils toujours de *subsignare* si c'est là une formalité assez inutile? L'existence indépendante de *praedia subsignata* est inconciliable avec le système de Mommsen. Le chapitre LX de la loi de

(1) *Pfandrecht*, I, p. 217. — *Roman private law*, II, p. 481.
(2) Cf. Münderloh, *Praediatur*, p. 329.
(3) Annales, VI, 17. *Si debitor populo in duplum praediis cavisset.*
(4) *Stadtrechte*, p. 470, 471, n. 37.

Malaca exige des *praedia* à défaut de *praedes* (1); c'est la preuve évidente, à mon sens, que l'engagement des *praedia* ne résulte pas directement de celui des *praedes* ou du débiteur principal.

La *subsignatio* est réservée aux créances de l'Etat ou des municipes. On pourrait songer à une *subsignatio,* entre particuliers, à la lecture d'une inscription du premier siècle après Jésus-Christ : *A Furius Rufus, quod in eum transcriptum est a C. Caesio Basso, apsente debitore, nominibus duobus, subsignatis praediis solvit* (2)... L'absence de désignation du créancier ne suffit pas à faire croire qu'il s'agit d'une *subsignatio* de droit privé. A mon avis, ce texte ne contient aucun renseignement précis sur la réglementation des *praedia subsignata*. A l'échéance il y aurait eu lieu à une *transcriptio a persona in personam,* opérée par le *praediator* afin d'éviter la vente des *praedia*. Cette interprétation de Mommsen ne me semble pas exacte. Le propriétaire des *praedia* est tenu de payer, s'il veut en éviter la saisie, sans qu'il soit besoin d'une *transcriptio* ou d'une forma-

---

(1) *Si de ea re is praedibus minus cautum esse videbitur, praedia subsignato arbitratu ejjusdem.*

(2) *Corpus inscriptionum latinarum,* XIV, n° 3471, p. 357, avec le commentaire de Mommsen. Inscription trouvée à Tibur. — Cf. Girard, *Textes*, p. 804. M. Girard admettrait que Rufus s'est engagé en même temps que Bassus et a de suite engagé ses *praedia*. C'est donner trop peu d'importance, me semble-t-il, à la mention de l'absence de Bassus, et rendre inutile la *transcriptio*. M. Peltier (p. 101, n. 1) ne propose pas d'explication. Les critiques qu'il formule contre l'opinion de Mommsen sont, à mon avis, viciées par l'effet libératoire qu'il attribue à la *datio praedium* de l'époque classique.

lité quelconque. On peut objecter que Rufus n'a engagé ses *praedia* qu'à l'échéance pour éviter l'exécution du débiteur absent. Cela est possible ; mais même dans ce cas, on ne voit pas la nécessité d'une *transcriptio*. Rien n'indique, d'ailleurs, quel est le propriétaire de ces *praedia*. Peut-être pourrait-on accepter l'explication suivante. La *transcriptio* n'aurait aucun rapport avec la *subsignatio;* les *praedia* appartiendraient à Bassus. Rufus aurait, par contrat littéral, assumé le paiement des dettes de Bassus par une sorte d'*expromissio,* réalisée *litteris* on ne sait pourquoi. Peut-être faut-il voir dans cet emploi des *nomina transcripticia* une conséquence de la mention du *praes* dans les registres de l'*aerarium*. La discussion des opinions de Mommsen et de M. Girard me paraît devoir conduire à cette interprétation.

La *subsignatio praediorum* garantit les créances du trésor public, quelle que puisse en être l'origine. On la rencontre en cas de prêt (1), en cas de gestion des deniers publics (2), d'entreprises de travaux publics (3), de ventes de terrain (4), de ferme des impôts (5). Ce ne sont là que des exemples ; la *subsignatio praediorum* avait la même généralité d'application que le *praes*.

---

(1) Tacite, *Annales*, VI, 17. Pour remédier à une crise financière survenue en l'an 33 après Jésus-Christ, « *tulit opem Cæsar* (Tibère) *deposito per mensas milies sextertio factaque mutuandi copia sine usuris per triennium, si debitor populo in duplum praediis cavisset* ».

(2) Loi de Malaca, ch. LX ; loi de Tarente, l. 9.

(3) *Lex operis faciendi* de Puteoli. — *Causa Juniana*.

(4) Loi agraire, l. 73.

(5) Loi de Malaca, ch. LXIII

Ces deux genres de sûreté sont fréquemment combinés ; l'expression *praedes praediaque* est une formule courante. Cette fréquence a conduit Mommsen à affirmer qu'il y a un lien intime entre *praedes* et *praedia,* et que la *subsignatio praediorum* accompagne toujours la *datio praedium.* On a vu plus haut qu'il n'y avait aucune unité nécessaire dans la *cautio praedibus praediisque.* Les *praedes* existent sans les *praedia* et les *praedia* sans les *praedes.* Le texte de Tacite, le chapitre LX de la *lex Malacitana,* la ligne 73 de la loi agraire en sont la preuve.

Münderloh a supposé qu'il y a lieu à *subsignatio* lorsque les *praedes* sont jugés insuffisants (1). Il s'appuie sur cette *lex operis faciendi* de Puteoli ; cette inscription comprend une première partie constituant le cahier des charges, et une seconde contenant les noms du *manceps* et des *praedes.* Le cahier des charges prévoyait des *praedia ;* il n'en a pas été fourni, parce que, dit Münderloh, la solvabilité des *praedes* a paru suffisante. La lacune de l'inscription relative aux *praedia,* non mentionnés après les *praedes,* s'explique ainsi de façon simple et vraisemblable. De plus, le chapitre LX de la loi de Malaca confirme la théorie de Münderloh.

Toutefois, d'autres textes prouvent que cette règle n'était pas sans exception. La ligne 73 de la loi agraire prévoit, en première ligne, une *subsignatio ;* dans le prêt rapporté par Tacite, il n'est question que de *praedia.* Aussi, est-il impossible de formuler

(1) *Praediatur*, p. 328, 330.

un principe général qui aurait régi l'emploi des *praedes* et des *praedia* isolés ou réunis.

Jointe à la *datio praedium,* la *subsignatio praediorum* constitue la *cautio praedibus praediisque,* souvent exigée par le trésor public. On la rencontre dans la *causa Juniana* pour les entreprises de travaux publics, dans la *lex Malacitana* pour la ferme des impôts (chap. LXIII), dans la *lex Tarentina* pour la gestion des deniers publics (l. 9). Dans la *lex Malacitana,* cette *cautio* comprend encore des *cognitores praediorum.* On entend par ces mots, dans l'opinion généralement admise, des experts qui auraient éclairé les magistrats sur la valeur des *praedia* (1). M. Roby ajoute qu'ils certifiaient, de plus, que le *subsignans* en était réellement propriétaire (2). Cette dernière idée est, à la rigueur, admissible; toutefois, le chapitre LXIV de la loi de Malaca ordonne la vente des biens de ces cognitores : *si quit eorum, in quae cognitores facti sunt, ita non erit;* le dommage est causé au municipe, non au véritable propriétaire, puisque c'est le municipe qui procède à l'exécution; ils ne sont donc pas responsables de leur erreur vis-à-vis du vrai propriétaire, comme le prétend M. Roby. C'est à tort également, que M. Peltier les rapproche des *arbitri ad fidejussores probandos.* Ces *cognitores* n'existent que pour la sûreté réelle et non pour la sûreté personnelle; la loi de Malaca les

(1) De ce mot *cognitor,* on peut rapprocher l'expression γνωρίζει employée à propos d'une personne chargée d'apprécier la solvabilité d'un *vindex.* Wenger, *Rechtshistoriche Papyrusstudien,* p. 28 et suiv.

(2) *Roman private law,* II, p. 482.

nomme *praediorum cognitores* (1). Ces *arbitri,* de même que les *subvades* ou les certificateurs de caution du droit français, ne semblent pas avoir existé pour les *praedes.* Seule, la ligne 57 de la loi Acilia *repetundarum* parle d'auxiliaires du magistrat, appréciant le nombre nécessaire des *praedes* (2). Ces auxiliaires, vraisemblablement, estimaient aussi la solvabilité des garants, ce qui était très utile pour en fixer le nombre. Mais la loi ne dit pas qu'ils étaient responsables de leurs erreurs. Les *cognitores* sont par conséquent une simple dépendance de la *subsignatio.*

On n'a aucun détail sur leur nombre, la capacité nécessaire, leur choix ; on ignore s'ils étaient tenus *ipso jure.* Ce qui est certain, c'est qu'ils jouissaient d'une sorte de bénéfice de discussion. En effet, l'exécution est subordonnée à la preuve de leur erreur. S'ils garantissent seulement la valeur des *praedia,* on ne pourra les exécuter que lorsque le prix obtenu de la vente de ces *praedia* sera inférieur à leur estimation. S'ils garantissent de plus que le *subsignans* est propriétaire, ils ne seront tenus que si, lors de la vente, le *verus dominus* réclame avec succès ses biens. Ce bénéfice de discussion, joint au bénéfice de division que j'ai reconnu aux *praedes,* rend ce chapitre LXIV de la loi de Malaca des plus intéressants pour l'histoire du cautionnement à Rome.

---

(1) 10, pr. D., 2, 8. — Cf. Peltier, p. 72. — Loi de Malaca, ch. LXIII, LXIV.

(2) *Judex... praedes facito det de consili majoris partis sententia, quantei eis censuerint.*

On peut encore y observer une évolution dans la nature de la sûreté de l'*aerarium*. Au *praes,* caution purement personnelle, on a ajouté la garantie réelle des *praedia ;* cela ne semble plus suffisant et on recourt de nouveau à une sûreté personnelle, les *cognitores*.

CHAPITRE V

Conditions et formes de la « subsignatio ».

Le magistrat, malgré son *arbitratus,* avait-il pleine liberté dans l'acceptation des biens objets, de la *subsignatio ?* En fait, il appréciait si tel ou tel *praedium* devait être accepté et de multiples circonstances guidaient son choix. Mais, en droit, il n'y avait que certaines catégories de biens entre lesquels il eût le droit de choisir.

Tout d'abord, le *praedium* était nécessairement un immeuble. Tel est le sens du mot. Son étymologie est, il est vrai, aussi peu connue que celle de *praes.* Les uns le rapprochent de *praevidium* (1), quoique Isidore de Séville ne soit pas formel et exclusif ; d'autres auteurs, notamment Rivier (2) et M. Stolz (3),

(1) *Etymologiarum*, XV, 13, 5. « *Praedium... apparet quasi praevidium... vel quod antiqui agros... ut praedae nomine habebant.* — Cf. Mommsen, Z. S. S., 1902, p. 439, 440.

(2) *Untersuchungen*, p. 29, 30. — Cf. Ihering, *Geist*, 3e édit, I, p. 113, n. 17.

(3) *Laut-und Formenlehre*, p. 167.

le font dériver de *praehendere* et le rapprochent de *praeda;* d'autres encore font venir *praedium* de *praes,* ou, du moins, acceptent une certaine ressemblance dans le sens (1). L'étymologie la plus acceptable serait *praehendere* si l'on tient compte des idées romaines sur le fondement de la propriété. Quoi qu'il en soit, *praedium* désigne un immeuble urbain ou rural, bâti ou non bâti (2). Les textes, d'ailleurs, parlent de *praedia,* sans préciser s'ils sont *urbana* ou *rustica.*

Parmi les *praedia,* seuls sont susceptibles de *subsignatio* ceux qui sont l'objet d'un *dominium ex jure Quiritium.* M. Jourdan justifie cette condition en observant que les fonds provinciaux, considérés comme la propriété du *populus,* ne pouvaient juridiquement lui être donnés en gage (3). L'idée est peut-être exagérée. Le droit du *possessor,* sur les fonds provinciaux, avait une condition juridique qui, en fait, équivalait au *dominium* quiritaire. Il est douteux que l'esprit pratique des Romains ait considéré le droit éminent de l'Etat comme un argument suffisant pour écarter toute une catégorie de biens, aptes souvent à fournir une bonne garantie. En effet, au début du deuxième siècle de l'ère chrétienne, la *subsignatio,* contenue dans les textes relatifs aux fondations de Trajan, comprendra des *saltus* et des *praedia,* des *agri vectigales* et *non vectigales.*

---

(1) Cf. Rivier, *Untersuchungen,* p. 28, 29. — Pernard, p. 131.

(2) Cependant M. Huvelin (*Tablettes magiques,* p. 45, n. 1) traduit, dans Plaute (*Truculentus,* II, 1, 5), *amoris praedium* par « butin d'amour ».

(3) *De l'hypothèque,* p. 50, n. 15. — Cf. Zimmermann, p. 20.

Cette argumentation ne serait donc pas pleinement probante si Cicéron, assimilant la *subsignatio apud aerarium* à celle *apud censorem,* n'exigeait expressément que les *praedia subsignata* fussent possédés *jure civili* (1). L'exigence était gênante en pratique ; dans les municipes latins, tels que Malaca, elle se comprend mal. Peut-être se contentait-on alors de *possessiones* provinciales. Peut-être à Rome, même, suffisait-il du *jus Italicum* qui, précisément, exclut la propriété de l'Etat. Ce ne sont là que des conjectures, rendues plausibles par les nécessités de la pratique. A l'époque classique et à Rome, on n'acceptait donc, en principe, que des biens sur lesquels le propriétaire avait la propriété quiritaire.

Rivier (2) et Karlowa (3) admettent, avec réserve, que des meubles précieux pouvaient être l'objet de la *subsignatio.* Pline le déclarerait pour les perles qu'il assimile à un *praedium,* et dont il dit : *in mancipatum venit* (4). D'après Rivier, *Mancipatus ist das Verhæltniss, die Verpflichtung des Manceps.* Cette

---

(1) *Pro Flacco,* 32, 80. — « *Illud quaero, sintne ista praedia censui censendo ? Habeant jus civile ? Sint necne sint mancipi ? subsignari apud aerarium aut apud censorem possint ?* — Il est évident qu'avant l'époque classique, l'exigence du *dominium ex jure Quiritium* était encore plus stricte, puisque alors c'était la seule forme de propriété reconnue par le droit romain, si exclusivement national.

(2) *Untersuchungen,* p. 51, 52.

(3) *Rœmische Rg.,* II-1, p. 51. « Unwahrscheinlich nicht, doch unsicher. »

(4) *...Et hoc aeternae prope possessionis est ; sequitur heredem, in mancipatum venit, ut praedium aliquod. Historia naturalis,* IX, 35. — M. Girard (*Manuel,* p. 289, n. 2) considère qu'il est fait ici allusion à une mancipation employée abusivement puisque les perles sont des *res nec mancipi.* L'opération est toutefois valable et transfère la propriété comme contenant une tradition.

traduction est-elle bien exacte? Pline ne ferait-il pas plutôt allusion à la mancipation? Le texte est, d'ailleurs, rédigé de façon peu juridique ; tout meuble précieux ou non *sequitur heredem.* Ces réflexions de Pline sont oiseuses et sans aucune importance technique. Admettrait-on la traduction de Rivier qu'on ne pourrait conclure, de ce passage, que les perles font l'objet d'une *subsignatio;* car engagement du *manceps* et *subsignatio* sont choses différentes. Pline a simplement voulu faire remarquer la valeur économique des perles, qui, en fait, équivalent aux immeubles.

Rivier a invoqué un autre argument, afin de démontrer la possibilité d'une *subsignatio* mobilière. A propos de l'*usureceptio ex praediatura,* Gaius (II, 61) parle en termes généraux de *res obligata* et dit, qu'après le délai, le *dominus* en recouvre la *possessio.* Rivier conclut de ces expressions que, parmi les biens engagés, il y avait des meubles et non pas seulement des immeubles. Cela est exact, mais il s'agit des biens composant le patrimoine des *praedes* aussi bien que des *praedia subsignata.* Nous verrons, en effet, que l'*usureceptio* ne s'applique pas aux seuls *praedia,* objets d'une *subsignatio.* La question de savoir quels sont les biens susceptibles de *subsignatio* reste entière. D'ailleurs, *possessio* est une expression inexacte pour désigner le droit du propriétaire sur les meubles ; il en a le *dominium.* En étudiant l'*usureceptio ex praediatura,* j'essaierai de montrer que Gaius offre ici un texte dont le sens général est clair, mais dont les détails sont énigmatiques.

Les immeubles dont le propriétaire a le *dominium ex jure Quiritium,* en principe, sont donc seuls admis à la *subsignatio.* M. Peltier exige, de plus, qu'ils soient libres de toute obligation publique comme les *praedes* (1). Les mêmes motifs qui m'ont fait rejeter cette idée, en ce qui concerne les *praedes,* se retrouvent ici avec la même force.

Tout propriétaire de *praedia* peut-il *subsignare ?* A première vue, la question semble devoir se résoudre par une évidente affirmative. Et, cependant, les auteurs discutent fort sur ce point. Souvent, ils font intervenir, comme argument, l'effet qu'ils attribuent à la *subsignatio.* Comme cet effet est, lui aussi, vivement controversé, je ne tiendrai pas compte de cette classe d'arguments, afin d'établir la solution de la question présentement étudiée sur des bases indépendantes et partant plus solides.

Pour M. Peltier, seul le *praes* peut *subsignare* (2). Il argumente d'un passage d'un scholiaste de Cicéron : *Et subsignandi haec solebat esse causa, ut aut qui vectigalia redimeret, aut qui pro mancipe vectigalium suam fidem interponeret, loco pignoris praedia sua rei publicae obligarent, quoad omnem pecuniam redemptores vectigalium repensarent* (3). L'erreur commise par M. Peltier me semble évidente. Ce texte prouverait, d'une manière décisive, si l'auto-

---

(1) *Caution praedibus*, p. 71.

(2) *Caution praedibus*, p. 52, 53.

(3) Edition Orelli, V, p. 244. — Bruns, *Fontes*, p. 75, n 1. — Ce scholiaste explique le mot *subsignare* contenu dans le texte de Cicéron (*Pro Flacco*, 32, 80), cité *supra.*

rité juridique de ce scholiaste était certaine, que *manceps* (*qui vectigalia redimeret*) et *praes* (*qui pro mancipe fidem interponeret*) peuvent *subsignare;* malgré tout, loin de fournir un argument à l'opinion de M. Peltier, il est un indice très sérieux en faveur d'un système opposé.

M. Peltier ajoute: « La loi de Malaca qui s'étend si longuement sur l'exécution des *praedes* et des *praedia,* ne prévoit nullement le cas d'une poursuite sur les biens d'une personne qui n'est point *praes.* » La remarque est peu exacte, car la loi de Malaca ordonne la vente des *cognitores.*

D'après le même auteur, on ne peut concevoir que la *subsignatio* fût faite par un tiers; ce tiers n'aurait pas été engagé envers l'Etat par une obligation publique et, par suite, l'exécution n'aurait pu avoir lieu sans jugement préalable nécessitant un procès inadmissible entre l'Etat et un particulier. Pour être probant, cet argument suppose que seul le *praes* peut contracter une obligation publique. Ce principe n'est pas conforme à la réalité des faits. Le *manceps* est obligé, lui aussi, et exécutoire sans jugement. Si l'on n'admet pas cette obligation, on doit reconnaître que la personne condamnée à une amende est obligée envers l'Etat et exécutée sans formalité judiciaire (1); les *cognitores* sont dans le même cas. L'essence de l'obligation publique est la participation d'un représentant de l'Etat, ce qui explique sa force exécutoire. Or un magistrat intervenait dans la *subsignatio.* Il n'y a donc aucune

(1) L. 57, loi Acilia *repetundarum.*

impossibilité à ce que la *subsignatio* soit exécutoire sans jugement et l'argumentation de M. Peltier ne porte pas.

Mommsen, pour qui la *subsignatio* n'est pas une institution juridique spéciale, admet que le *manceps* pouvait engager ses biens et par là remplacer une *datio praedium* (1). On comprend ainsi que le *manceps* soit tenu à l'époque classique ; sans toucher en apparence au principe ancien de l'effet libératoire de la *datio praedium,* il aurait été obligé indirectement par l'engagement de ses *praedia.* Mais la transformation, en réalité, me paraît s'être faite d'une autre manière, par l'assimilation du *manceps* à un *praes,* révélée dans l'expression *idem praes.* D'ailleurs, l'engagement des *praedia* du *manceps* n'aurait pas fourni une garantie équivalente à celle des *praedes,* ou à celle de tout le patrimoine de ce *manceps.* On peut ajouter que l'*actio conducti,* donnée par Mommsen contre le *manceps,* n'offrirait plus guère d'utilité et se concevrait malaisément si la *subsignatio* est le moyen de rendre obligatoire la promesse du *manceps.*

A la différence de la théorie de M. Peltier, celle de Mommsen explique l'utilité d'une mention spéciale de la vente ou de l'engagement des *praedia* et l'existence indépendante de la *subsignatio.* Mais ces deux faits n'impliquent pas nécessairement que les *praedia* appartiennent au *manceps ;* ils se comprennent tout aussi aisément si la *subsignatio* est le fait d'un tiers ni *manceps* ni *praes.* Enfin, à l'opinion de Mommsen,

(1) *Stadtrechte,* p. 471.

on peut opposer le texte du scholiaste cité plus haut, qui permet de *subsignare* au *praes* et au *manceps*.

Un troisième système restrictif a été exposé par Münderloh (1). Pour lui, seul est capable de *subsignare,* le tiers non tenu personnellement à la dette. Il argumente de l'impossibilité de renforcer le droit de l'Etat sur les biens de ses débiteurs contractuels. Mais alors, pourquoi user de la *subsignatio* ? Il suffisait de réclamer de nouveaux *praedes*. La réglementation et l'existence d'une sûreté immobilière me semblent indiquer un droit différent du droit de gage général sur les biens du débiteur muni, par exemple, d'un droit de préférence ou de suite. L'argument de Münderloh repose donc sur un principe très discutable (2). Ici encore le texte du scholiaste de Cicéron est un motif de rejeter le système proposé.

A mon avis, tout propriétaire de *praedia* peut *subsignare*. En effet, le scholiaste de Cicéron emploie une expression assez large : *qui pro mancipe fidem interponeret,* pour comprendre à la fois et la caution personnelle et la caution réelle, au sens moderne des mots. A lui seul, ce texte ne serait peut-être pas suffisant pour écarter toute objection. Mais Polybe, outre le *manceps* et ses associés, distingue, dans les sociétés de publicains, les cautions simples et les personnes qui obligent leurs propriétés (3). En combinant ces deux textes, on est tout naturellement

(1) *Praediatur*, p. 329, 330.

(2) L'exemple de Cincinnatus (Valère-Maxime, IV, 4, 7) prouve qu'un tiers pouvait *subsignare*, mais non que seul il le pouvait.

(3) VI, 17.

amené à admettre le système que je soutiens. A l'obligation personnelle, *manceps* et *praedes* joignaient une garantie réelle, assumée seule par les tiers. Aussi comprend-on qu'il soit toujours parlé des *praedia* et non de leurs propriétaires, car ceux-ci ne sont tenus que *propter rem;* en exagérant un peu, il est permis de dire que ce sont les biens qui sont obligés : *praedia obligata.*

Il est inutile d'insister sur les avantages pratiques de cette solution. Les Romains semblent l'avoir admise dans un cas particulier où je n'ose voir l'indice de la règle générale, mais qui, toutefois, prouve qu'elle n'était pas inconciliable avec l'état général du droit romain. Dans la loi agraire il est dit, en effet : *praedium queicomque velit subsignet* (1)... En cette occasion, au moins, toute personne a pu *subsignare.*

Nous connaissons les conditions requises pour qu'un bien puisse être admis à la *subsignatio.* Il reste à décrire l'opération elle-même. Il est impossible de songer à une mancipation fiduciaire à notre époque, ainsi que le pensait notamment Savigny (2). La conjecture, fort admissible pour l'époque primitive, est en contradiction avec l'évolution de la *subsignatio* telle que je l'ai exposée. De plus, elle cadre mal avec ces termes *subdita obligata* employés à propos des *praedia* et avec le mot *subsignatio* lui-même.

---

(1) L. 84. *Praetor... facitoque, quei ex hace lege praedia dederit utei ei satis subsignetur neive quis quid faxsit, quo minus ex hace lege praedium queiquomque velit subsignet pequniamve solvat, praesque quei quomque ex hace lege fieri volet, fiat.*

(2) *Vermischte Schriften,* V, p. 63, 64.

M. Peltier admet que la *subsignatio* s'opère par un contrat *litteris ;* le magistrat rédige un acte écrit : « élément essentiel du contrat (1) ». Son unique argument est tiré du chapitre LXIII de la loi de Malaca, qui prescrit au *duumvir* de faire relater dans les registres municipaux les *praedia* objets de *subsignatio*. Ce serait la copie de cet acte écrit à laquelle ce chapitre ferait allusion. Mais le même texte ordonne de relater, dans ces mêmes registres, les fermes d'impôts, les engagements des *praedes* et des *cognitores ;* on devrait en conclure que tous ces actes étaient des contrats *litteris,* comme le serait la *subsignatio,* conclusion contraire aux faits. Il est plus simple de considérer cette *relatio* comme un mode de preuve ou un procédé de contrôle, ou encore une simple règle d'administration intérieure entre deux autorités différentes.

Pour éviter cette objection, Rüdorff croit que la *subsignatio* était un contrat *litteris* commun aux *praedes* et aux *praedia* (2). Cette théorie ne peut être admise, car on ne trouve jamais *subsignare* employé à propos des *praedes.*

Mommsen, sans admettre de contrat *litteris* à proprement parler, croit que les noms des *praedia* étaient inscrits au-dessous de ceux des *praedes* (3). M. Roby suppose que les propriétaires apposaient leurs signatures sous la liste des *praedia* (4). Tous

---

(1) *Caution praedibus*, p. 70, 71.

(2) Z. f. g. Rw., X, p. 123. — Il admet toutefois un contrat verbal préalable entre le magistrat et le *praes.*

(3) *Stadtrechte*, p. 471, n 30.

(4) I, 479.

ces systèmes sont des conjectures plausibles, mais entre lesquels il n'existe aucun motif sérieux de choisir.

L'existence d'un contrat *litteris*, quelle qu'en soit la forme, est rejetée par Pernice. Rapprochant la *subsignatio apud aerarium* de celle *apud censorem*, il considère que le propriétaire déclarait ses *praedia* au magistrat, comme il l'eût fait au censeur, et que par là était créé le droit de l'Etat sur ces immeubles (1). L'idée semble exacte, mais appelle un complément. On a pu longtemps admettre un tel effet d'une déclaration, analogue à celle du *praes*. Les fondations alimentaires de Trajan mentionnent une *professio* des noms et situations des biens engagés (2). Cela confirme l'idée de Pernice. Mais ces textes ajoutent *obligare debet* (3). La déclaration n'entraîne plus, à ce moment du moins, l'*obligatio praediorum*. Quelle était la forme de cette *obligatio*?

On ne saurait le dire de façon certaine. D'après Paul (39, D, 50, 16), *subsignatio* serait synonyme d'*adscriptio* (4). Peut-on accepter cette équivalence? Si l'on admet l'affirmative, on doit refuser toute valeur aux préfixes; car *subsignare, obsignare* (5), *subscribere, adscribere* sont employés indifféremment. Si l'on ajoute que la loi de Malaca assimile *subsignare, subdare* et *obligare*, on devra recon-

(1) Labeo, III-1, p. 172.
(2) L. 1, 2, 43. Table de Veleia.
(3) L. 1, 2, 43. Table de Veleia.
(4) *Paulus libro quinquagensimo tertio ad edictum.* — Subsignatum *dicitur quod ab aliquo* subscriptum *est : nam veteres* subsignationis *verbo pro* adscriptione *uti solebant.*
(5) Usité par Valère-Maxime (IV, 4, 7).

naître que le terme de *subsignatio* ou d'*adscriptio* n'a aucun rapport certain avec la forme de l'engagement. La déclaration existait; pendant longtemps elle a suffi. Nous ignorons ce qui l'a complétée, ni quand elle est devenue insuffisante (1).

Outre la mention (*relatio*), dans les registres publics (*tabulae communes*), la *subsignatio praediorum* était l'objet de mesures de publicité (2). Ces mesures n'offrent rien de spécial; communes aux fermes des impôts ou autres contrats administratifs, aux engagements de *praedes* et de *cognitores*, elles consistaient en affiches faciles à lire et apposées en un lieu convenablement choisi. Cette publicité était utile, car nombre d'auteurs admettent que la *subsignatio* produit un droit réel, que les tiers ont un intérêt évident à connaître. Je ne crois pas, toutefois, que ce soit là le motif de cette publicité. Car la même mesure s'applique aux résultats et aux clauses des adjudications qui ne portent pas une atteinte anormale aux droits des tiers. Ne durant que le temps où le magistrat restait en charge, elle est peut-être un moyen de contrôle public; mais ce n'est là qu'une conjecture. La *relatio* seule est mentionnée dans la loi agraire (l. 46, 100). Vraisem-

(1) On n'a pas de trace de la décomposition de l'opération avant les fondations de Trajan; mais il est très vraisemblable que le fait s'était produit auparavant.

(2) Loi de Malaca, chap. LXIII. *Quasque locationes fecerit (duumvir), quasque leges dixerit, quanti quit locatum sit, et qui praedes accepti sint quaeque praedia subdita subsignata obligatave essent, quique praediorum cognitores accepti sint, in tabulas communes municipum ejus municipi referantur facito, et proposita habeto per omne reliquom tempus honoris sui, ita ut de plano recte legi possint, quo loco decuriones conscriptive proponenda esse censuerint.*

blablement à Rome, il n'y avait donc pas d'affiches. Par suite, il est peu probable que ces dernières aient constitué une mesure de publicité créée dans l'intérêt des tiers (1).

Mommsen (2) voit, dans l'inscription de Rufus, discutée plus haut, la trace d'une publicité relative à l'extinction de la *subsignatio*. L'idée est intéressante, mais assez difficilement admissible. Logiquement, en effet, on devrait admettre une publicité analogue pour la naissance de l'engagement. Ces pierres, portant des mentions semblables à celles des *hopoi* grecs, auraient été une mesure de publicité primitive, mais efficace. Mais, si elles avaient existé, il est malaisé de comprendre pourquoi le droit privé romain ne les a pas utilisées pour remédier aux inconvénients des hypothèques occultes. Par conséquent, la publicité imaginée par Mommsen ne me paraît pas avoir existé, comme règle générale et obligatoire du moins.

---

(1) M. Peltier (p. 70) voit dans les *tabulae communes* des registres analogues à ceux de nos conservateurs des hypothèques ; il n'emploie pas l'expression, mais dit que « ces *tabulae communes* pouvaient, ainsi que leur nom l'indique, être consultées par tous les citoyens ». Je ne crois pas que *tabulae communes* signifie « registres à la disposition du public », mais « registres appartenant à l'Etat ». Cf. *pecunia communis*, *commune municipum*, *publicum municipum*, de la loi de Malaca, chap. LX, LXIV, LXVI, expressions qui confirment le sens que j'attribue à *tabulae communes*.

(2) C. I. L, XIV, *loc. cit.*

CHAPITRE VI

Effets de la « subsignatio ».

Dans les systèmes de certains auteurs, nature et formes de la *subsignatio* se confondent quelque peu avec les effets. C'est ainsi que Savigny assimile *subsignatio* à une mancipation fiduciaire (1), que Mommsen y voit un simple procédé d'engagement de biens des *praedes,* que Bachofen n'y attache qu'un droit de gage assez vague provenant de leur énonciation nominative. Les arguments présentés dans les chapitres précédents contre les théories de ces auteurs pourraient être reproduits ici avec une force égale. Nous pouvons donc ne pas insister davantage et considérer ces diverses opinions comme inexactes.

Rivier considère que la *subsignatio* comme engendrant une hypothèque ordinaire (2). Il invoque un passage de Varron, où il est parlé de *pignus* à propos

(1) Cf les auteurs cités par Rivier, p. 77. — Savigny, *Vermischte Schriften*, V, p 63, 64.

(2) *Untersuchungen*, p. 79 et suiv.

de *praedia* (1). Mais *pignus* ne peut avoir ici un sens précis, car il n'y a pas trace de remise de la possession des *praedia* à l'Etat. D'ailleurs, l'*hypotheca* étant différente du *pignus,* le texte se retournerait contre Rivier. Il est naturel de penser que *pignus* a ici un sens large ; mais, par suite, ce passage n'apprend rien sur l'effet de la *subsignatio.*

Gaius rapproche dans la loi 15, 1, D. 33, 4 des *res pignoratas* de droit privé des *res in publicum obligatas* (2). Peut-on assimiler complètement les deux catégories ? Ce n'est pas démontré. M. Peltier remarque que dans les compilations de Justinien, *res in publicum obligatas* désigne les biens hypothéqués au fisc et qu'il n'est pas prouvé que ce texte visait, dans sa teneur primitive, non cette hypothèque, mais des *praedia subsignata* (3). D'ailleurs, l'interpolation du texte ne se révèle pas nettement.

L'argument principal de Rivier est la concordance entre *sub-signo* et ὑπο-τίθημι ; de l'analogie des mots, il conclut à l'identité des institutions. Mais en étudiant la loi 39, D. 50, 16 de Paul, le mot *subsignare* est apparu comme dépourvu de toute valeur intrinsèque ; on ne peut s'en servir pour reconstituer l'effet de l'opération qu'il ne désigne ni constamment, ni exclusivement. De plus, observe avec raison M. Peltier (4), il est étonnant qu'on ait

---

(1) *De lingua latina,* V, 40 : *Praedia dicta.. , a praestando, quod ea re* pignori *data publice mancipis fidem praestant.* — Bruns, *Fontes,* p. 54.

(2) *Licet placeat pigneratas res vel in publicam obligatas heredem qui dare jussus est, liberare debere...*

(3) *Caution praedibus,* p. 56.

(4) *Caution praedibus,* p. 56, 57.

« décoré d'un nom exotique » une institution connue à Rome, sous le prétexte que, du droit public, son usage s'étendait au droit privé.

Zimmermann pense que le droit engendré par la *subsignatio,* était un droit d'une nature particulière et mal aisée à préciser. Peut-être était-ce une restriction à la capacité du propriétaire, par exemple, une interdiction d'aliéner, de constituer des servitudes, etc. (1). Karlowa admet la même idée et considère que l'utilité de la *subsignatio* est d'éviter les aliénations non frauduleuses, qui, quoique régulières, auraient néanmoins diminué la sûreté de l'Etat, si l'on s'en était tenu au droit commun (2).

M. Peltier professe la même opinion ; pour lui, la *subsignatio* rend le propriétaire des *praedia* incapable de les aliéner (3). L'engagement devait contenir quelque chose d'analogue à une clause d'inaliénabilité moderne. M. Peltier invoque la conformité de cette théorie avec les mots *subdita, subsignata, obligata ;* d'après lui, ces expressions indiquent que la chose reste en la possession du débiteur, mais qu'il y a une mainmise juridique du créancier, qui paralyse l'exercice de certains droits du propriétaire. L'idée peut être exacte, mais ne conduit pas nécessairement à ne concevoir comme possible, en ce cas, qu'une clause d'inaliénabilité. Il en est de même de l'adaptation de l'institution à son but, éviter l'amoindrissement du gage ; d'autres clauses ou

(1) P. 21
(2) *Roemische Rg.*, II-1, p. 55.
(3) P. 63 et suiv.

d'autres effets ne peuvent-ils aboutir à un tel résultat ?

L'exemple tiré de la *Neuere Satzung* qui, en Allemagne, aurait servi de transition entre le gage immobilier et l'hypothèque n'est pas décisif. Le mécanisme essentiel de cette institution consiste à frapper certains biens d'inaliénabilité, d'après M. Peltier (p. 65). Le droit comparé fournit des preuves d'une autre évolution, par l'intermédiaire de la vente avec *lex commissoria* (1). On rencontre des exemples de cette sorte de vente, en droit privé romain, alors qu'on n'a pas de trace d'une pratique, consistant en une clause d'inaliénabilité, destinée à renforcer la sûreté du créancier (2). Cette *lex commissoria* est précisément le moyen indiqué par Caton, pour remplacer la remise de possession des *invecta et illata,* antérieurement à l'*actio serviana* (3).

Ces deux arguments ne sont donc pas probants. M. Peltier y joint un texte de Pomponius (205, D. 50, 17). *Plerumque fit ut etiam ea quae nobis abire possint, proinde in eo statu sint atque si non essent ejus condicidionis ut abire possint. Et ideo quod fisco obligamus et vindicare interdum et alienare et servitutem in praedio imponere possumus.* De l'avis de M. Peltier, la seconde phrase ne peut avoir de sens que si Pomponius opposait dans le texte primitif le *fiscus* à l'*aerarium* (4). Il conclut par un argument

---

(1) Cf Révillout, *Précis*, II, 1305. — Beauchet, III, 270.

(2) Girard, *Manuel*, p. 777. — L'inaliénabilité du fonds dotal n'est pas irrémédiable.

(3) Girard, *Manuel*, p. 762, n. 2.

(4) *Caution praedibus*, p. 66-68.

a contrario que les *praedia subsignata* ne pouvaient être ni aliénés, ni grevés de servitude, ni même revendiqués par leur propriétaire.

Le remaniement du texte que suppose M. Peltier rend ce passage suspect. L'opposition admise par lui entre le *fiscus* et l'*aerarium* est quelque peu conjecturale. Je crois difficile de découvrir l'idée de Pomponius, car il est manifeste que ce texte a été maladroitement interpolé. Que signifie cette allusion à la revendication ? M. Peltier ne voit rien d'inexplicable dans cette interdiction de revendiquer ; le propriétaire n'étant plus capable d'aliéner, n'est plus *dominus ex jure Quiritium,* qualité nécessaire pour la *rei vindicatio.* Il est réduit à invoquer le secours de l'Etat qui, par mesure administrative, le rétablira dans sa possession. Cette explication est ingénieuse, mais, à mon sens, elle prouve trop. Le propriétaire ne pouvant plus faire acte de *dominus* n'est plus un *dominus ;* ce n'est pas seulement à une clause d'inaliénabilité que conduit cette interprétation, mais à une véritable mainmise de l'Etat sur la chose. Le propriétaire des *praedia* n'a même pas les interdits qui protègent les droits que les particuliers peuvent avoir sur le domaine public. Ces conséquences me semblent permettre de rejeter du débat le texte remanié qui en est la base.

Enfin, M. Peltier apporte une restriction à la capacité du propriétaire ; cela paraît peu conforme à l'expression *praedia obligata* qui fait allusion, vraisemblablement, à un droit réel portant sur les *praedia.* Huschke considère ce droit réel comme un droit de

gage, permettant la vente à part des *praedia* (1). Cette idée est juste en partie, si, au lieu d'y voir une sorte d'*excussio realis* au profit exclusif du *praes,* on y reconnaît une limitation à l'obligation du tiers caution réelle. M. Peltier croit qu'une telle vente était impossible, car elle ne serait pas prévue par la loi de Malaca (2). On doit remarquer que ce texte ne l'interdit pas ; en fait, tous les *praedes* pouvant être libérés et quelques *praedia* rester obligés ; dans ce cas, force est bien d'admettre que l'exécution des *praedia* aura lieu seule et isolément. Ce texte législatif est donc d'accord avec le fait rapporté par Valère-Maxime : Cincinnatus ne fut dépouillé que des trois arpents qu'il avait engagés.

Par contre, Huschke ne précise pas suffisamment la nature du droit attribué à l'Etat. M. Heyrovsky propose de reconnaître à l'Etat le droit de vendre les *praedia* (3). Cette opinion rend compte de la possibilité et de l'utilité de la *subsignatio* opérée par un tiers. Ce droit de vente aurait grevé le bien et se serait exercé contre tout propriétaire des *praedia ;* il y avait ainsi lieu à une *subsignatio* par le *praes* et par le *manceps.* Pernice admet une solution analogue (4).

Cette théorie est acceptable (5). Elle rend compte

---

(1) Z. f. g. Rw., XIV, p. 269 et suiv.

(2) *Caution praedibus,* p 61.

(3) *Leges contractus,* p. 44, n. 1 ; p. 105, 106.

(4) *Labeo,* III-1, p 169-171. — Pernice compare la *subsignatio* à une dette foncière (Grundschuld).

(5) Le temple de Délos exigeait fréquemment des cautions réelles, outre les hypothèques constituées sur les biens des cautions personnelles. Tout possesseur de l'immeuble hypothéqué était tenu de payer. — Ziebarth, Z. f. v. Rw, 1906, p. 274, 275, 289, 290.

de ce fait que les *praedia* sont vendus, quelque puisse être le propriétaire, et n'exige pas avec Mommsen, qu'il soit débiteur principal, avec M. Peltier, qu'il soit *praes*. Elle est ainsi conforme avec ce que nous savons des conditions de la *subsignatio*. Son effet réel s'accorde bien avec l'expression *praedia obligata* et avec la limitation de l'engagement du tiers caution réelle. Elle s'explique aisément dans l'évolution de la sûreté réelle administrative ; après avoir exigé le transfert de propriété sous condition résolutoire, puis suspensive, l'Etat n'a plus demandé que ce qui était essentiel pour lui : le droit de vente. On remarque la même évolution en droit privé romain, de la mancipation ou tradition fiduciaire, par une *lex commissoria*, on aboutit à un pacte donnant le *jus distrahendi*. Mais ici, parallèlement, avait lieu une autre évolution relative non à la propriété, mais à la possession ; par le *pignus*, on fut conduit au *jus possidendi*. Un seul *processus* se rencontre en droit public, car on n'a pas trace d'un envoi en possession préalable des *praedia*. L'Etat vendait *de plano*, comme un créancier hypothécaire d'aujourd'hui (1). Je crois que la *subsignatio* produisait de plus un droit de préférence sur le prix de vente des *praedia*. Car l'*hypotheca* a cet effet ; et la *subsignatio*, droit réel

(1) En Egypte, l'hypothèque grecque fit souvent place à une πράξις macédonienne analogue à l'hoti indigène. C'était un droit réel permettant de vendre sans jugement le bien, quel qu'en fût le propriétaire actuel. Mais il pouvait porter sur tout un patrimoine. — Révillout, *Obligations*, p. 204, 212. *Précis*, II, 1342. Le fisc se faisait consentir une πρωτοπράξις qui lui donnait de plus un privilège. (*Obligations*, p. 212). — En droit grec, la clause d'exécution sans jugement remplace parfois l'hypothèque. Beauchet, IV, 445.

opposable aux tiers détenteurs, l'est *a fortiori* aux autres créanciers.

A la *Grundschuld* de Pernice, je préfère la caution réelle moderne comme point de comparaison avec l'effet de la *subsignatio ;* cette dernière expression me paraît faire mieux ressortir le rôle et l'utilité des *praedia subsignata.* Mais on ne peut admettre comme pleinement justifié, le rapprochement de la *subsignatio* et de l'*hypotheca* romaine que fait M. Heyrovsky. Dans l'*hypotheca,* le créancier n'a que le *jus possidendi,* sauf clause spéciale, et la prise de possession est dans tous les cas un préliminaire indispensable à l'exercice du *jus distrahendi ;* l'*hypotheca* est occulte, générale, peut porter sur des meubles. Au contraire, dans la *subsignatio,* le droit de vente est essentiel et existe toujours et seul ; elle est spéciale (1), n'a pour objet que des immeubles et est rendue, en fait, publique. C'est donc à l'hypothèque moderne que ressemble la *subsignatio,* sous réserve de certaines règles particulières à telle ou telle catégorie d'hypothèques ou à telle ou telle législation positive.

En résumé, le tiers, auteur d'une *subsignatio,* ressemble à une caution réelle, le débiteur principal ou le *praes* dont les *praedia* ont été *subsignata* à un débiteur tenu personnellement et hypothécairement (2). Avant l'introduction des ventes *lege prae-*

---

(1) En effet, dans les fondations de Trajan, on désigne les *praedia* par leur nom et leur situation. Ex. l. 2, ...*Debet... obligare fundum Planianum qui est in Veleiate pago Junonio.*

(2) Evidemment, il ne faut pas exagérer ces ressemblances et croire que les règles modernes existaient déjà en droit romain.

diatoria et *in vacuum*, quoique les textes fassent défaut, il est permis d'affirmer que l'Etat procédait à une *bonorum sectio* des *praedia*. L'exécution des *praedia* ne présentant alors aucune particularité, il est inutile d'insister sur ce point.

CHAPITRE VII

Nature et cas des ventes « lege praediatoria » et « in vacuum ».

La loi de Malaca ordonne que l'exécution des *praedes,* des *praedia* et des *cognitores* se fasse par une vente à deux degrés, pour ainsi parler : *Dum eam legem is rebus vendundis dicant* (*duumviri*) *quam legem eos, qui Romae aerario praeerunt, e lege praediatoria praedibus praediisque vendundis dicere oporteret, aut si lege praediatoria emptorem non inveniet, quam legem in vacuom vendendis dicere oporteret* (1). Cette vente est déjà mentionnée dans un texte de Suétone, quoique il y ait chez cet auteur quelque confusion entre les deux degrés possibles; on pourrait même croire à leur non-existence : *In vacuum lege praedia-*

(1) Chap. LXIV. Ce chapitre est d'autant plus important qu'il déclare régler l'exécution forcée sur le modèle fourni par Rome même. Les ventes *lege praediatoria* et *in vacuum* y existaient avec les caractères qu'on leur reconnaîtra.

toria venalis (1). Mais, depuis la découverte de la loi de Malaca, il est évident que la distinction doit être faite dans ce passage, entre *in vacuum* et *lege praediatoria*.

Cette confusion provient-elle d'une récente transformation du droit? On ne saurait l'affirmer. Peut-être y aurait-il là un indice de faible importance pour déterminer la date approximative de la création de cette exécution à deux degrés. Cicéron ne semble pas connaître deux ventes de *praedes* ou de *praedia*. Je crois qu'il est plausible, mais seulement plausible, d'admettre que la transformation se lie aux réformes opérées par Auguste dans l'administration financière romaine.

Nous n'avons pas de trace de cette double vente en droit privé. Peut-on la considérer comme obligatoire en droit public? La loi de Malaca la prévoit seule ; elle déclare expressément que ces deux degrés existent à Rome. Il est donc presque nécessaire de considérer cette forme d'exécution comme obligatoire en ce qui concerne les *praedes* et les *praedia*. Je crois qu'il en était de même des *cognitores ;* ils ne sont pas mentionnés en cette phrase, mais un peu avant. Il n'est

---

(1) *Ad eas res familiaris angustias decedit ut, quum obligatam aerario fidem liberare non posset, in vacuum lege praediatoria venalis pependerit sub edicto praefectum.* Suétone, *Vita Claudi*, 9. — Il est difficile, à mon sens, de déterminer la cause juridique de l'obligation de Claude. Suétone vient de dire : *Postremo etiam sestertium octogies pro introitu novi sacerdotii coactus impendere ad eas res*, etc. Y a-t-il dans cette dette une *fides aerario obligata?* C'est peu probable. En rapprochant ces mots des termes du scholiaste de Cicéron, cité chap. v, n. 7, *fidem interponere*, qui visent un *praes*, on pourrait peut-être supposer que Claude s'était porté *praes* en des circonstances ignorées.

pas parlé du *manceps;* on doit donc conclure que rien ne s'oppose à ce qu'il fût toujours soumis à la *bonorum sectio* unique ; peut-être est-ce précisément pour ce motif que la loi ne parle pas de l'exécution du débiteur principal (1).

La réadjudication d'un *opus faciendum* était encore possible. C'est une procédure qui a l'avantage de procurer l'exécution en nature de l'obligation. Elle a lieu sans désorganiser le système ordinaire d'exécution auquel elle n'apportait qu'un délai supplémentaire. Le prix était versé par le premier adjudicataire au second (2). On ne sait ce qui se produisait en cas de non-paiement ; le *manceps* était-il soumis à la *bonorum venditio* ou à l'exécution ordinaire par l'Etat? Je crois qu'il y avait lieu ici à une *bonorum venditio,* car il s'agit d'une dette privée. L'Etat n'étant pas créancier de cette *pecunia* mais de la *res* primitive, il ne s'opère ni cession de créance ni délégation.

La réadjudication n'est pas une voie d'exécution mais une formalité préalable et d'ailleurs vraisem-

---

(1) La *bonorum sectio* est restée la forme ordinaire de la vente faite par l'Etat (Cf. Gaius, IV, p. 146) et, par suite, de l'exécution des débiteurs publics. C'est là un motif de plus pour supposer que l'exécution de Claude rapportée par Suétone est due non à l'absence de paiement de la somme exigée pour son entrée dans un corps sacerdotal, mais à la non-exécution d'une obligation inconnue dont il était tenu comme *praes.* Néanmoins, Suétone semble bien attribuer à cette dette la vente *in vacuum* subie par le futur empereur. Mais le récit est assez obscur et les termes de ce texte ne sont pas d'une précision juridique (*fides obligata, in vacuum lege praediatoria*) telle qu'ils contraignent à appliquer les ventes *lege praediatoria* et *in vacuum* au débiteur principal.

(2) Il en est ainsi dans la *causa Juniana.*

blablement non obligatoire. Elle est une faveur pour le débiteur et pour ses *praedes*. Par analogie, on a admis que la double vente *lege praediatoria* et *in vacuum* avait son origine dans le désir de ménager les *praedes*. Je ne le crois pas. La loi de Malaca suppose que, dans la vente *in vacuum*, on trouvera plus facilement un acheteur, puisqu'elle est prescrite seulement *si lege praediatoria emptorem non inveniet* (chap. LXIV). Ce résultat peut être obtenu de diverses manières, par exemple l'abaissement du prix. Rationnellement, la chose est admissible, quelle que soit la différence que l'on reconnaisse exister en fait entre les deux ventes. Rien n'oblige à croire que la distinction des ventes *lege praediatoria* et *in vacuum* soit due à ce motif philanthropique. L'origine de cette forme d'exécution reste inconnue, par conséquent.

Au point de vue terminologique, on peut observer que *lex praediatoria* a un sens large dans le passage de Suétone et englobe même la vente *in vacuum*. Mais la formule a aussi un sens précis et s'oppose à cette dernière expression. Münderloh commet une exagération évidente, lorsqu'il assimile *lex praediatoria* et *jus praediatorium* (1). Ces mots *in vacuum* sont assez délicats à expliquer. M. Roby y voit une allusion à l'effet irrévocable de la seconde vente et une analogie avec *vacua possessio* (2). Cette conjecture se heurte au texte de Suétone qui semble faire allusion à une particularité de l'affiche et non à l'effet

(1) *Praediatur*, p. 325.
(2) *Roman private law*, I, p. 481.

de vente. De plus, on n'a pas de trace de *vacuum dominium* dans notre cas; on lit seulement et toujours *in vacuum*. Plus plausible est la conjecture de Münderloh qui admet que sur l'affiche préalable, lors de la seconde vente, le prix était laissé en blanc (1). Bachofen n'admet ce blanc que sur les registres de l'*aerarium* ou de la caisse municipale (2). Le texte de Suétone est plus favorable à la première théorie qu'à la seconde. Toutefois, l'idée de Münderloh ne doit être acceptée qu'avec réserve, faute de preuve précise.

(1) *Praediatur*, p. 325.
(2) *Pfandrecht*, I, p. 219.

CHAPITRE VIII

Conditions et formes des ventes « lege praediatoria » et « in vacuum ».

Les ventes *lege praediatoria* et *in vacuum* ont lieu sans jugement. C'est un principe déjà admis, que l'Etat n'a pas besoin de faire reconnaître sa créance en justice ; de plus, la loi de Malaca ne parle que d'un ordre donné par les duumvirs. Cependant, il existait dans les municipes une garantie particulière pour les *praedes* et les propriétaires de *praedia* (1). Les duumvirs ne peuvent agir que sur l'avis conforme d'un tiers au moins des membres du sénat municipal. A mon sens, cet avis est toujours nécessaire. M. Peltier préfère, à cette opinion déjà

(1) *...Duumviri qui ibi jure dicundo praeerunt, ambobus alterive eorum ex decurionum conscriptorumque decreto, quod decretum cum eorum partes tertiae non minus quam duae adessent factum erit, vendere legemque his vendundis dicere jus potestasque esto...* — Chap. LXIV.

soutenue par Zimmermann (1), celle de Rivier (2); d'après ce dernier auteur, l'avis des décurions n'est nécessaire que si l'un des duumvirs seul agit (3). Le texte laisse indécise l'interprétation. Mais on peut découvrir le sens véritable en le rapprochant d'un édit d'Auguste sur l'aqueduc de Venafrum, où il est dit : *...Duumviro duumviris praefecto praefectis ejus coloniae ex majoris partis decurionum decreto, quod decretum ita factum erit, cum in decurionibus non minus quam duae partes decurionum adfuerint, legemque ei dicere... jus potestatemque esse placet* (4). La lecture de cet édit prouve qu'il ne faut attribuer aucune portée à la tournure *ambobus alterive ex decurionum decreto;* dans tous les cas, un avis obligatoire était requis, le *quorum* était des deux tiers et la décision prise à la majorité des membres présents. Par là, l'hypothèse émise par Zimmermann se trouve justifiée et l'on a la solution définitive de ce détail d'organisation.

Mommsen a été plus loin et a soutenu que la *lex praediatoria,* tout au moins, était *ohne Zweifel, ein eigener hierüber erlassener Volkschlüss* (5), parce qu'elle faisait une faveur au *praes* et dérogeait à la *bonorum sectio* de droit commun. Gœppert a combattu ce système en faisant remarquer que nous

---

(1) P. 30.

(2) *Untersuchungen*, p. 116.

(3) *Caution praedibus*, p. 97.

(4) Bruns, *Fontes*, p 238-240. — Girard, *Textes*, p. 171-173. Ce *quorum* des deux tiers avec majorité des membres présents est la règle pour les délibérations des décurions. — Serrigny, *Droit administratif romain*, I, p. 242.

(5) *Stadtrechte*, p. 474.

ignorons par qui et comment était votée cette loi (1). L'observation est exacte, mais on peut invoquer encore d'autres arguments plus décisifs contre la théorie de Mommsen. Suétone ne fait-il pas de la *lex praediatoria in vacuum* un édit des *praefecti aerarii*? La loi de Malaca donne le pouvoir de *legem dicere* à un seul duumvir; ni le sénat, ni le peuple ne concourent à cet acte. M. Peltier observe, avec raison, que si la *lex praediatoria* est un acte législatif, le chapitre LXIV de la loi de Malaca ne pouvait dire : ...*Si lege praediatoria emptorem non inveniet*... (2). L'opinion de Mommsen ne peut donc être acceptée.

Il est inutile de supposer, avec Münderloh, l'existence d'une loi ancienne qui aurait réglé la matière (3). Certes, il a pu exister des dispositions législatives sur l'exécution des *praedes* et des *praedia*. Mais on ne peut démontrer, ni même supposer nécessairement, qu'il n'y eût qu'une loi qui aurait contenu toute la réglementation, ainsi qu'il en existait une à Délos (4). Cette loi aurait d'ailleurs varié depuis l'époque lointaine de sa rédaction.

Le mot *lex* a, à mon avis, un sens plus simple. La *lex* est un cahier de charges. L'expression a couramment ce sens en droit romain (*lex venditionis, lex operis faciendi, etc.*) Ce cahier renfermait les clauses et conditions; par l'adhésion de l'acheteur, il devenait obligatoire pour lui. C'est là un effet du contrat

(1) Z. f. Rg., IV, p. 293.
(2) *Caution praedibus*, p. 98.
(3) *Praediatur*, p. 325.
(4) Ziebarth, Z. f. v. Rw., 1906, p. 170.

et non de l'autorité du magistrat, comme le suppose M. Heyrovsky (1). En matière contractuelle, cette autorité se comprend mal et est inutile. La *lex praediatoria* et la *lex in vacuum* ressemble fort à la *lex venditionis* que rédige le *magister* dans la *bonorum venditio* (2).

Gœppert admet que ce cahier des charges était rédigé d'après un modèle traditionnel. L'idée est fort acceptable. D'ailleurs, la loi de Malaca qui ordonne aux duumvirs de suivre l'exemple des *praefecti aerarii,* suppose l'existence de ce modèle. Cicéron parlait déjà d'une *consuetudo* en matière d'exécution des *praedes* et des *praedia*. Toutefois, il pouvait y avoir des innovations, au moins à Rome ; l'hypothèse semble évidente.

L'exécution avait lieu sans jugement et par voie administrative ; pour Rome, on n'a pas trace d'une intervention préalable obligatoire du Sénat. Les duumvirs dans les municipes, les questeurs, puis les préfets de l'*aerarium* romain, étaient compétents pour donner les ordres nécessaires. Ils semblent avoir été astreints à une sorte de mise en demeure des *praedes* et des propriétaires des *praedia*. C'est tout au moins ce qu'on peut conclure pour la *bonorum sectio* d'un passage de Cicéron (3). Mais la *causa Juniana* et la loi de Malaca n'y font point allu-

(1) *Leges contractus*, p. 79, 83.

(2) Je ne prétends pas pour cela que les contrats administratifs ne soient pas susceptibles d'autres clauses ou d'autres effets que les contrats privés. Aujourd'hui encore, l'acte privé en la forme administrative est exécutoire sans jugement et peut contenir une constitution d'hypothèque sans intervention d'un notaire.

(3) *Philippiques*, II, 29, 31.

sion. Aussi la question, douteuse avant l'introduction de notre double vente, le demeure après. Par contre, il y avait nécessairement des affiches contenant le cahier des charges, hypothèse vraisemblable, et ordonnant la vente, fait mentionné par Suétone (1). Peut-être se contentait-on juridiquement de cette menace de saisie, suffisante après les démarches qui, en fait, avaient lieu au préalable pour amener le débiteur et les *praedes* à payer.

Ces ventes *lege praediatoria* et *in vacuum* comprennent le patrimoine des *praedes* et les *praedia subsignata*. Comme dans la *bonorum sectio*, on peut supposer, avec quelque vraisemblance, que les biens dotaux en étaient exclus. Y avait-il possibilité pour le propriétaire dont les *praedia* auraient été engagés par un *non dominus* d'intenter une demande en distraction ? M. Roby le nie et ne lui donne, en ce cas, qu'un recours contre les *cognitores* (2). Pour moi, une demande en distraction me paraît très vraisemblable (3). La loi de Malaca ordonne la vente des *cognitores* en cas d'erreur de leur part, sans distinguer d'après le genre d'erreur. De plus, ce

(1) « ...*Venalis sub edicto praefectum.* » Cicéron parle de ces affiches à propos de la réadjudication de la *causa Juniana*, et fait grief à Verrès de les avoir omises : *locare incipit non proscripta neque edicta die.* (*In Verrem actio secunda*, I, 54, 141.)

(2) *Roman private law*, I, p. 481.

(3) Lors de la vente des biens d'Antoine (*II^e Philippique*, 29), les héritiers d'un certain Rubrius qu'Antoine avait dépouillés (*II^e Philippique*, 16) firent, avec l'autorisation de César, opposition à la *bonorum sectio*. (*Hanc auctionem heredes L. Rubrii decreto Cesaris prohibuerunt*). Il n'y a pas là de demande en distraction, mais une opposition à toute exécution assez difficile à expliquer. Peut-être faut-il considérer ce fait comme une occasion cherchée par César pour éviter la ruine définitive de son ami.

n'est qu'à partir de Zénon que la vente fiscale a eu cet effet exorbitant du droit commun de purger le bien vendu de toute charge réelle et de rendre la *rei vindicatio* d'un *verus dominus* elle-même impossible (1).

Toutes les solutions qui précèdent s'appliquent aux deux ventes *lege praediatoria* et *in vacuum*. La différence se trouverait-elle dans leur conception essentielle, l'une étant une réadjudication, l'autre une vente proprement dite ? Mommsen l'a soutenu. Il s'appuie sur la *causa Juniana,* qui n'est pas un exemple d'exécution. En cas de travaux publics, la solvabilité des *manceps* et des *praedes* n'est pas toujours en jeu ; mais, en d'autres cas (exemple : ferme des impôts), la *lex praediatoria* n'aurait presque jamais réussi, car l'*emptor* n'aurait guère eu d'espoir de récupérer ses avances. Le système de Mommsen serait donc possible seulement en cas de travaux publics. Mais il est contraire à la loi de Malaca qui parle de vente et, précisément à propos de la vente *lege praediatoria,* qualifie l'adjudicataire d'*emptor*.

Il est, au contraire, très admissible que la mise à prix différait. L'Etat ne cherchait pas à gagner, mais aussi désirait ne rien perdre ; il est à croire que, dans la vente *lege praediatoria,* le prix était fixé au montant intégral de la créance. Etait-ce à la fois un minimum et un maximum ? Rivier le dit (2). Il con-

(1) Institutes de Justinien, II, 6, 14. — C. J., VII, 37, 3, pr. — Cf. Serrigny, II, 28.

(2) *Untersuchungen*, p. 118.

sidère cette solution comme imposée par l'absence de spéculation de la part de l'Etat. Entre plusieurs concurrents, on se serait réglé sur l'ordre des offres; le débiteur vendu jouissait d'une sorte de droit de préemption. Ce sont là des conjectures assez plausibles, mais qui demeurent encore bien douteuses. En effet, les ventes de l'Etat se font aux enchères; or, ici, ce procédé devient impossible. Un droit de préemption se comprend en cas de *praedia* appartenant à un tiers; sinon, où le débiteur trouverait-il l'argent nécessaire? Jusqu'au dernier moment, il peut éviter l'exécution en payant; mais on ne voit pas pourquoi il se laisserait exécuter et rachèterait tout son patrimoine. L'allusion de Cicéron à l'*optima conditio* du débiteur exécuté, n'est pas assez précise pour être un argument décisif (1), et vise la réadjudication autant que la vente des *praedes* et des *praedia*. D'ailleurs, le texte n'est pas exempt de contradiction. Cicéron vient de dire : *Digitum tollit Junius patruus*. L'adjudicataire eût été un *praes* et non le pupille, héritier du *manceps*. Comment expliquer que Cicéron s'écrie ensuite : *Ne liceat pupillo redimere ?* Je crois plus exact d'admettre que la vente *lege praediatoria* était une vente aux enchères ordinaire, avec peut-être quelque clause favorable au débiteur exécuté dont on ignore la nature et la portée.

---

(1) *Ne liceat pupillo redimere. Ubi illa consuetudo in bonis praedibus praediisque vendendis omnium consulum censorum praetorum quaestorum denique ut optima condicione sit is cuja res cujum periculum ? Excludit* (Verrès) *eum cui prope dicam soli potestatem factam oportebat. (In Verrem actio secunda,* I, 54, 142)

On comprend que souvent l'*emptor* aurait risqué d'être en perte, en versant à l'Etat le montant intégral de la créance. Par suite, la vente *lege praediatoria* ne donnait aucun résultat. Le magistrat procédait alors à une nouvelle adjudication sans fixer de prix minimum. Karlowa objecte qu'il faut toujours fixer un prix (1). Mais nous avons affaire ici à un procédé analogue à la vente aux enchères moderne, lorsque la mise à prix peut être réduite. L'objection ne porte pas, à mon avis.

Je dois reconnaître, cependant, qu'on n'a point de preuve précise de cette différence, entre les ventes *lege praediatoria* et *in vacuum*. Cette hypothèse concorde bien avec le sens reconnu aux mots *in vacuum ;* mais ce sens est lui-même hypothétique. Elle est simple et naturelle ; elle rend compte de la presque certitude de la réussite de la vente *in vacuum* et de l'insuccès probable de la vente *lege praediatoria* et des efforts de l'Etat pour n'en user qu'après celle-ci.

La loi de Malaca prouve, en effet, qu'on doit toujours tenter une vente *lege praediatoria ;* ce n'est qu'en cas d'insuccès que les duumvirs ont le droit de procéder à la vente *in vacuum*. La vente *lege praediatoria* ne ressemble pas à l'envoi en possession des créanciers dans la *bonorum venditio ;* ici, il y a un état juridique réalisé effectivement et non pas seulement tenté. Si la vente *lege praediatoria* réussit, tout est fini ; on ne passe pas à la vente *in vacuum*. Ce sont deux actes distincts et indépendants et non

(1) *Rœmische Rg.*, II-1, p. 57

les deux phases d'une même procédure ; les ventes *lege praediatoria* et *in vacuum* n'existent jamais ensemble, mais l'une à défaut de l'autre.

Le prix était donc fixé par les enchères. Etait-il payé de suite (1) ? La loi de Malaca subordonne le pouvoir des duumvirs à une condition : *dum ita legem dicant uti pecuniam in foro municipi Flavi Malacitani referatur, luatur, solvatur.* Elle viserait peut-être un paiement immédiat, car l'indication du lieu du paiement est assez inutile à mentionner si expressément. Mais le chapitre LXV parle des *praedes* des adjudicataires. Un paiement différé était donc possible et même normal. Il en était de même dans la *bonorum sectio,* car Antoine, acquéreur des biens de Pompée, avait fourni des *praedes* (2).

Quelle que fût la différence entre les ventes *lege praediatoria* et *in vacuum,* une vente unique était-elle obligatoire pour tous les *praedes* et les *praedia* ? En d'autres termes, devait-on nécessairement les exécuter tous à la fois ? La loi de Malaca semble admettre l'affirmative. Toutefois elle ne décide pas expressément la question. Les *cognitores* vendus après les *praedes* et les *praedia* pouvaient l'être *lege praediatoria,* alors que les essais de vente *lege praediatoria* antérieurs n'avaient pas réussi. Je ne crois pas que le chapitre LXIV prouve la nécessité d'une vente globale

---

(1) La *causa Juniana* n'est pas un récit d'exécution ; elle contient un exemple de paiement immédiat (*pecunia praesens solvatur*) dû vraisemblablement à la cupidité de Verrès.

(2) Cicéron, *Philippique,* II, 29. — Antoine lui-même fut poursuivi pour non-paiement : *appellatus es de pecunia, quam pro domo, pro hortis, pro sectione debebas.*

et unique. Il était plus facile de trouver des acquéreurs pour de moindres ventes et d'obtenir ainsi plus de ventes *lege praediatoria,* car parfois le patrimoine d'un *praes* ou un *praedium* pouvait avoir une valeur égale à sa part dans la dette ; au contraire, qu'un seul ait une valeur inférieure et la vente globale se fera *in vacuum*. L'effet extinctif de la *litis contestatio* n'étant pas à craindre, je ne crois pas, malgré le défaut de preuves précises, trop hardi de supposer que chaque *praes,* chaque *cognitor,* chaque *praedium* était vendu à part, et que pour chacun on tentait d'obtenir le montant de la créance publique avant de laisser le prix se fixer par enchères sans minimum obligatoire.

L'Etat avait-il un privilège ? La question déjà discutée à propos de la *bonorum sectio* des *praedes* m'a paru devoir être résolue par la négative. En fait, l'Etat exécutait seul et recevait toute la valeur de l'actif net ; les créanciers privés devaient poursuivre le *praediator,* héritier de l'insolvable. Il n'y a pas là de privilège. La distinction des ventes *lege praediatoria* et *in vacuum* par elle-même n'a rien changé au droit antérieur sur ce point. Mais sur le prix de vente des *praedia,* la *subsignatio,* on l'a vu, lui donnait un droit de préférence.

CHAPITRE IX

Effets des ventes « lege praediatoria » et « in vacuum ».

Mommsen, on le sait, considère la vente *lege praediatoria* comme une *relocatio* et la vente *in vacuum* comme une *bonorum sectio* ordinaire. Cette différence est à la fois une différence dans les formes et dans les effets. Je ne considère pas comme exacte l'opinion de Mommsen ; il est inutile de répéter ici la même argumentation.

Nos deux ventes doivent produire les mêmes effets essentiels ; car elles sont toutes deux qualifiées de *venditio* et l'*usureceptio ex praediatura* n'est pas réservée à l'une d'entre elles. Gaius, en effet, dit sans faire de distinction : *Si rem sibi obligatam populus vendiderit... concessa est usureceptio* (1). Quel est cet effet commun ; quelles sont les différences secondaires, s'il en existe ?

Zimmermann et Rivier admettent que ces ventes

(1) Gaius, II, 61.

ne sont que des cessions de créances ; le *praediator* devient créancier des *praedes* à la place de l'Etat (1). Cette théorie est acceptée par Mommsen, au moins en ce qui concerne la *relocatio*. — A l'appui de cette théorie on fait valoir que l'Etat devait juger plus facile de céder sa créance que de la recouvrer lui-même et que telle était l'habitude de l'administration financière romaine. Ces arguments ne sont pas très probants ; ils expliquent que les Romains aient pu songer à ce procédé, mais ils ne suffisent pas à prouver qu'en fait, ils ont agi ainsi. Il est difficile d'ailleurs de voir l'avantage qu'y trouverait l'Etat ; il y aura toujours autant de ventes à opérer. Au contraire, en cas de ferme des impôts, il n'y a qu'une adjudication pour un grand nombre de petites créances. Les circonstances n'étant pas les mêmes, il est à penser que les procédés ont différé.

Cependant, Zimmermann a cru trouver une application de sa théorie dans la ligne 71 de la loi agraire. Il y est dit que *is qui pecuniam populo dare debebit* versera la somme *ei qui eo nomine a populo mercassitur*. Le premier individu serait un *praes* et le second, un *praediator*. Rivier et M. Peltier (2) interprètent autrement l'opération. Pour éviter de multiples recouvrements, l'Etat avait cédé son droit de créance à un publicain. En effet, cette cession a lieu avant l'échéance du délai accordé au *manceps* pour se libérer ; il n'est donc pas ici question d'exécuter les *praedes* ou les *praedia*.

---

(1) *De notione*, p. 49 et suiv. - *Untersuchungen*, p. 102, 103, 124.
(2) *Caution praedibus*, p. 86, 87. — *Untersuchungen*, § 38.

Un autre argument de Zimmermann consiste à supposer que les *praediatores*, constituant des sociétés analogues à celles des publicains, se livraient au même genre d'opérations juridiques, c'est-à-dire à des achats de créances. Il est fort vraisemblable que les *praediatores* étaient des professionnels, ainsi que semble le prouver l'emploi du suffixe *tor* et du verbe *mercari*. Le chapitre LXV de la loi de Malaca mentionne des *praedes socii* de l'acheteur des biens vendus. Normalement, par suite, les *praediatores* étaient groupés en sociétés, vraisemblablement imitées des *societates publicanorum*. Mais on n'a aucune preuve qu'un tel usage fût obligatoire. Et de cette conformité d'organisation intérieure des *praediatores* et des *publicani*, on ne peut conclure que la *venditio praedium* et la *locatio vectigalium* ont des effets identiques.

Les arguments de Zimmermann n'ont donc aucune valeur. Rivier, qui reconnaît le fait, a essayé de leur en substituer d'autres. Il argumente d'un texte de Gaius sur l'*usureceptio ex praediatura* (1). Gaius considère le débiteur exécuté comme un *dominus* ; c'est donc qu'il n'a pas perdu la propriété. Les ventes *lege praediatoria* ou *in vacuum* n'ont, par conséquent, été que des cessions de créance. Je ne crois pas qu'il faille attribuer cette importance et cette signification au mot *dominus*. Si le possesseur

(1) II, 61. *Item si rem obligatam sibi populus vendiderit eamque dominus possederit, concessa est usureceptio ; sed hoc casu praedium biennio usurecepitur. Et hoc est quod vulgo dicitur ex praediatura possessionem usurecipi ; nam qui mercatur a populo, praediator appellatur*

est *dominus,* il n'a pas besoin d'usucaper sa chose, à moins qu'on ne voie dans cette usucapion un moyen de suppléer à l'absence d'une rémancipation. Nous aurons à revenir plus loin sur ce texte délicat. Contre le système de Rivier, il suffira d'ajouter que Gaius, en parlant d'une *venditio rei,* n'a pu avoir en vue une cession de créance.

Gœppert a invoqué le chapitre LXV de la loi de Malaca pour soutenir, lui aussi, que le *praediator* n'obtient qu'un droit de créance. Car ce chapitre prévoit comme sanction du droit du *praediator* une délivrance d'action (1). Mais ce texte ne désigne pas quelles actions seront données ; on ignore le contenu du titre de l'édit *De praediatoribus* du préteur urbain. Rien ne s'oppose à ce que parmi ces actions se trouve la *rei vindicatio.*

Mommsen a admis que la vente *lege praediatoria* était une mancipation fiduciaire ; il fait, sans doute, allusion aux contrats administratifs autres que l'entreprise de travaux publics ou le marché de fournitures (2). Münderloh se rallie à cette opinion (3), que partage, semble-t-il, M. Heyrovsky (4). Avec ces auteurs, la vente *lege praediatoria* transfère au *praediator* un droit de gage sur les *praedia* tout au moins. On invoque l'analogie remarquée par Gaius

---

(1) Z. f. Rg., IV, p. 288.

(2) *Stadtrechte,* p. 476. — On voit combien est délicat tout le système de Mommsen concernant les *praedes ;* il est à craindre que l'éminent auteur n'ait commis parfois quelques contradictions. — Cf., sur ce point, Peltier, p. 58, 59.

(3) *Praediatur,* p. 325-340.

(4) *Leges contractus,* p. 43, 44. — Cet auteur n'admettrait cette propriété fiduciaire qu'en cas de vente de *praedia.*

entre l'*usureceptio ex praediatura* et l'*usureceptio ex fiducia*. Mais il existe des différences entre ces deux institutions ; Gaius en signale une à propos du délai. La vente *lege praediatoria* n'a donc pas les mêmes effets qu'une mancipation fiduciaire.

De plus, Gaius, en parlant de *vendere rem,* ne peut faire allusion à une cession d'un droit de gage. Puisqu'il s'agit d'une aliénation faite par l'Etat, *vendere rem* est synonyme de transférer la propriété. Enfin, cette théorie introduit entre les deux ventes une différence essentielle contraire aux expressions générales de Gaius.

Münderloh croit même que le *praediator* ne pouvait, au début, que procéder à son profit à une nouvelle vente *lege praediatoria*. Cette série de ventes *lege praediatoria* n'aurait pas eu de fin nécessaire (1). Münderloh ajoute que le *praediator* put bientôt user de la vente *in vacuum,* en effectuant une *bonorum venditio* définitive.

Ces conjectures sont contraires au chapitre LXIV de la loi de Malaca qui fait procéder aux ventes *lege praediatoria* et *in vacuum* par les seules autorités publiques. De plus, la vente *lege praediatoria,* lorsqu'elle réussit, empêche de procéder à la vente *in vacuum*.

C'est ce même passage *si lege praediatoria emptorem non inveniet* qui rend impossible l'adoption d'un autre système auquel on pourrait songer. La vente *lege praediatoria* ne donnerait au créancier que la détention qui se transformerait en propriété

(1) *Praediatur*, 327-328.

à l'expiration d'un certain délai, si, à cette échéance, le *praes* n'a pas encore exécuté. Dans certaines législations, les biens des contumaces ou des débiteurs insolvables sont confisqués (1); mais cette confiscation n'est définitive qu'après un certain délai (2). Dans l'ancien droit italien, pendant ce délai, le débiteur, en payant, peut recouvrer la possession de son bien dont le créancier n'a que la détention (3). Parfois, le créancier doit attendre quelque temps avant de pouvoir vendre les biens saisis (4). Il aurait été possible de supposer un tel processus en droit romain, si le chapitre LXIV de la *lex Malacitana* ne s'y opposait formellement. Ces procédures ressemblent à la double *missio in possessionem* de la *bonorum venditio,* en ce qu'elles sont les deux phases d'une même exécution, dont la réalisation de la première est la condition de la possibilité de la seconde. Or ici, c'est la non-réalisation de la vente *lege praediatoria* qui permet la vente *in vacuum*.

Ces divers systèmes étant rejetés, on doit admettre que les deux ventes administratives transfèrent la propriété des choses corporelles et opèrent la cession de créances et de dettes. Cet effet est celui de la *bonorum sectio* dont vient la double vente *lege praediatoria* et *in vacuum,* il est conforme à l'expression de Gaius *rem vendere*. M. Heyrovsky admet

---

(1) Brissaud, II, 1495, 1500. — Beasley, p. 7.

(2) Une pratique analogue existe dans le droit canonique médiéval. Cf P. Fournier, *Les officialités au moyen âge,* p. 115, 154, 155, 228, 229.

(3) Pertille, IV, p. 498, 499.

(4) Glasson, VII, p. 655, 656. — Esmein, N. R. H., 1883, p. 110.

cette idée pour les créances et la rejette pour les dettes (1). Il lui semble invraisemblable que l'Etat ait volontairement diminué le prix de vente en obligeant l'adjudicataire à payer toutes les autres dettes des *praedes* (2). Je ne puis adhérer à ce système. Outre qu'il n'est fondé que sur une considération fort contestable, il est contraire à l'effet ordinaire de la *bonorum sectio*. De plus, on ne sait ce que seraient devenues ces dettes. Si le patrimoine du *praes*, quoique inférieur à son passif global, est supérieur à la créance de l'Etat, le *praediator* va réaliser un gain injustifié au détriment des créanciers privés, conséquence qui demanderait à être prouvée. Avec Karlowa, je considère les ventes *lege praediatoria* et *in vacuum* comme opérant une transmission universelle entre vifs *jure civili* (3).

Mais la vente *lege praediatoria* et la vente *in vacuum* sont, à mon avis, aussi irrévocables l'une que l'autre. Karlowa pense, au contraire, que dans la vente *lege praediatoria*, le *praes* jouissait d'une certaine faculté de rachat. Ce ne serait pas, toutefois, une mancipation fiduciaire, car le transfert de propriété serait l'effet principal de la vente et non une garantie du remboursement de la créance. La faculté de rachat se rencontre en droit comparé, même lorsque l'acheteur acquiert la pleine propriété (4). Karlowa rattache à cet effet propre de la

---

(1) *Leges contractus*, p. 47, n. 1.

(2) La question ne se pose pas évidemment pour les propriétaires de *praedia*, en cette qualité.

(3) II-1, p. 58, 59.

(4) Esmein, N. R. H., 1883, p. 111. — Collinet, p. 119.

vente *lege praediatoria,* l'*usureceptio ex praediatura* (1). Quelle que soit cette dernière institution, les termes généraux dont se sert Gaius ne permettent pas d'en réserver l'application à la seule vente *lege praediatoria.*

En conséquence, je considère que l'effet des ventes *lege praediatoria* et *in vacuum* est une succession universelle et irrévocable à tous les biens et droits des *praedes* et l'acquisition de la propriété quiritaire des *praedia.* Aux *praedes* étaient assimilés les *cognitores,* ainsi qu'il résulte de l'ensemble du chapitre LXIV de la loi de Malaca.

Après l'exécution, les *praedes,* les *cognitores,* les propriétaires de *praedia* se trouvaient en présence des *praediatores.* Pour entrer en possession des choses corporelles, ceux-ci, en cas de *bonorum sector,* auraient eu l'interdit *sectorium;* ils auraient exercé les actions de leur débiteur et auraient été poursuivis à sa place. Il en était de même ici, puisque les ventes *lege praediatoria* et *in vacuum* ne sont que des formes de *bonorum sectio.* Karlowa ajoute que les *praediatores* auraient eu des actions prétoriennes inconnues (2); en effet, le chapitre LXV de la loi de Malaca prescrit aux duumvirs des municipes de leur donner toutes actions utiles. A mon avis, ces actions spéciales n'existent pas. Les actions prévues au chapitre LXV ont leur origine dans un ordre de la loi ; ce sont des actions civiles. Les

(1) *Rœmische Rg.*, II-1, 58. — Zimmermann (p 49, 50) et Rivier (p. 125) ont essayé de combiner cette faculté de rachat avec l'effet qu'ils attribuent à tort à nos ventes.

(2) *Rœmische Rg.*, II-1, p. 59.

duumvirs ou le préteur n'ont vraisemblablement que le droit de choisir les actions les plus aptes au but cherché ; peut-être pouvaient-ils rédiger de nouvelles formules qui tirent leur force non de l'*imperium,* que n'ont pas les duumvirs, mais de cette loi même. Je ne prétends pas, d'ailleurs, que le préteur ne pût user de son *imperium,* au moyen d'interdits, de *missiones,* de *restitutiones in integrum.* La loi de Malaca ne vise, en effet, que les actions.

M. Peltier suppose que ces actions étaient fictives comme en cas de *bonorum emptio* (1). La fiction, indispensable dans ce dernier cas, est inutile dans la *bonorum sectio,* sanctionnée directement par le *jus civile.*

Plus difficiles à résoudre, sont les questions soulevées par l'*usureceptio ex praediatura,* qu'il convient à présent d'examiner spécialement. Pour M. Peltier, elle fut destinée à protéger les tiers acquéreurs de *praedia subsignata* (2), et plus tard les *praedes* eux-mêmes. Il observe que l'*usureceptio* n'existe pas dans la *bonorum venditio* et, par suite, provient d'une particularité de la *venditio praedium* (3). Cette particularité serait l'existence de *praedia subsignata.* Cet argument a une portée assez faible ; de plus, les deux exécutions présentent d'autres différences, ne serait-ce que d'appartenir, l'une au droit privé prétorien, l'autre au *jus civile* administratif.

M. Peltier remarque que l'*usureceptio* s'accomplit

---

(1) *Caution praedibus*, p. 94.

(2) *Caution praedibus*, p. 105, 106.

(3) On se rappelle que, pour M. Peltier, seul le *praes* peut *subsignare.*

par deux ans ; il en conclut que seuls les *praedia* en étaient susceptibles. Cela n'est pas exact. Gaius dit : *sed hoc casu praedium biennio usurecipitur,* parce qu'il vient de parler de l'*usureceptio ex fiducia* qui s'accomplit toujours en un an, *etiam soli si sit* (§ 59). C'est cette différence dans les délais requis en matière immobilière qui préoccupe Gaius. Il songe d'autant moins à interdire l'*usureceptio* de choses autres que les *praedia subsignata* qu'il vient de dire *si rem obligatam sibi populus vendiderit; res* s'applique aussi bien aux meubles qu'aux immeubles.

Il serait d'ailleurs peu pratique que cette *usureceptio* se fût appliquée aux seuls *praedia subsignata.* Pour eux, elle fonctionnait rarement. Leurs noms et leurs situations étaient connus du *praediator,* au moins par les affiches prévues au chapitre LXIII de la loi de Malaca. Leur valeur économique les faisait rechercher de l'acquéreur. Leur détenteur avait donc peu de chances de rester en possession. La publicité donnée à la *subsignatio* rend ces tiers acquéreurs moins dignes d'intérêt que le dit M. Peltier. L'*usureceptio ex praediatura* s'applique aux meubles et aux immeubles, et me semble n'avoir ni l'origine, ni la portée que M. Peltier lui attribue.

Huschke (1) a émis une tout autre théorie acceptée par Gœppert (2). Il imagine que l'Etat, lorsqu'il ne trouvait pas d'acheteur dans la *bonorum sectio,* vendait les biens en détail. Si l'un des biens échappait à la vente, le *praes* l'usucapait en deux ans. Huschke

(1) Z f. g. Rw., XIV, p. 270.
(2) Z. f. Rg., IV, p. 294.

invoque la popularité de l'*usureceptio* fondée sur des motifs d'humanité et la tournure employée par Gaius, visant la vente d'une chose isolée et non d'un patrimoine. Le premier argument est faible. Sa base est même inexacte, car Gaius se borne à dire que l'institution a reçu un nom de l'usage populaire (*vulgo dicitur*). Quant au second argument, il ne prouve pas cet emploi d une vente séparée, mais seulement que l'*usureceptio* ne s'applique ni aux universalités, ni aux choses incorporelles. Une telle vente au détail est d'ailleurs contraire aux textes qui parlent de *praedes vendere,* entendant par là le patrimoine entier du *praes.* En étudiant les formes des ventes *lege praediatoria* et *in vacuum,* la vente séparée d'un *praedium* m'a paru possible ; mais ce procédé n'est en rien obligatoire.

Nous savons déjà que l'*usureceptio* s'applique aux choses corporelles, mobilières ou immobilières (1). *Res obligata* peut se dire, en effet, non seulement d'un *praedium subsignatum,* mais de tout bien d'un *praes,* ou d'un *cognitor obligatus.* Mais par là même, l'*usureceptio* ne s'applique que lors de la vente d'un bien d'un débiteur contractuel de l'Etat, seul cas où l'on puisse parler de *res obligata.* Rien n'indique qu'on doive en refuser le bénéfice au *manceps* ou au *praes* ou au propriétaire de *praedia* soumis à une

(1) En ce sens, Karlowa, *Rœmische Rg.*, II-1, p. 58. — Le mot *res* exclut les universalités et les choses incorporelles. *Res obligata* est ici une expression dont le sens, qui me paraît être « bien d'un débiteur contractuel », est nécessairement différent du *praedium* mentionné ensuite. L'interprétation que je propose, quoique un peu conjecturale, me semble conforme à la généralité d'application de l'*usureceptio* qui ressort, à mon avis, du texte.

bonorum sectio ordinaire avant ou après la distinction des ventes *lege praediatoria* et *in vacuum*. Cette généralité d'application est corroborée par les termes de Gaius (1).

De l'ensemble du texte, il ressort clairement que l'*usureceptio ex praediatura* est un moyen, pour le débiteur contractuel exécuté, de rentrer dans la propriété de ses biens plus facilement que d'après le droit commun. Mais il est difficile de préciser en quoi consiste cet avantage. On pourrait songer à une dispense de paiement, puisque cette *usureceptio* a lieu sans juste titre ni bonne foi et que Gaius ne parle que de la possession. Il est permis de considérer cette théorie comme trop absolue. Gaius rapproche l'*usureceptio ex praediatura* de l'*usureceptio ex fiducia* qui a lieu en cas de paiement ou de non-paiement. Vraisemblablement, le *praes*, par exemple, devait payer pour profiter de l'*usureceptio*, a moins qu'il ne soit en possession ni *ex locato conducto* ni *precario*. Cette situation se présentait notamment lorsque le *praediator*, par ignorance ou pour tout autre motif (2), ne réclamait pas la mise en possession avant l'expiration du délai de un ou deux ans. En cas de paiement, l'*usureceptio* dispensait de recourir à une nouvelle mancipation que rendait nécessaire l'absence d'effet réel de la condition résolutoire en notre matière.

---

(1) Les *cognitores* ne sont connus que par la loi de Malaca ; les ventes *lege praediatoria* et *in vacuum* ont donc probablement toujours été employées pour leur exécution.

(2) Parfois le *praediator* est un ami du débiteur exécuté. — Cf. Roby, I, p. 482, n. 1.

Mais dans ce texte de Gaius, deux expressions restent énigmatiques. Il qualifie le possesseur de *dominus ;* le terme est évidemment impropre ; un *dominus* n'a pas besoin de l'usucapion. Ce possesseur est évidemment l'ancien propriétaire, puisque l'*usureceptio* est une *usucapio* ainsi nommée, *quia id quod aliquando habuimus, recepimus per usucapionem* (1). M. Peltier suppose que *dominus* est mis pour *dominus priscus,* parce que tel est le sens qui s'impose (2). A mon avis, cette incorrection grave ne saurait s'admettre si facilement chez Gaius. Elle étonnerait d'autant plus qu'au paragraphe 59, Gaius use d'une tournure pour désigner le possesseur du bien mancipé fiduciairement et que, au paragraphe 60, il le qualifie très exactement de *debitor* (3). Je préfère déclarer que l'interprétation de ce mot *dominus* nous est inconnue.

Il en est de même de *possessionem usurecipi.* Par l'*usureceptio,* on acquiert la propriété, non la possession. Sans doute, c'est là une expression courante (*vulgo dicitur*) ; mais à Rome, possession et propriété sont, à l'époque de Gaius, trop distinctes pour être confondues même par le public. Cette expression se comprend encore d'autant moins que le débiteur a la *possessio* préalablement (*si eamque dominus possederit*).

---

(1) Gaius, II, 59.

(2) *Caution praedibus*, p. 91, 92.

(3) *...Qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit...* § 59. — *...Nondum vero soluta (pecunia)... si neque conduxerit eam rem a creditore debitor...* § 60.

TROISIÈME PARTIE

DISPARITION ET TRANSFORMATIONS du *praes* et de la *subsignatio praediorum*

CHAPITRE PREMIER

Les fondations alimentaires de Trajan et la « subsignatio ».

Les fondations alimentaires de Trajan, qui datent des toutes premières années du second siècle de l'ère chrétienne (101-112), mentionnent une sûreté réelle sur le caractère de laquelle les auteurs sont en désaccord (1). Je crois qu'il est question de *praedia subsignata*, et que ces textes, qui appartiennent au

(1) Voici un exemple de cette sûreté telle que la décrit le texte (Girard, *Textes*, p. 800-804) : *M. Verius Nepos professus est praedia rustica, deducto vectigali, HS* $\overline{CCCX}$ *DXXXXV (310 545) n.; accipere debet HS* $\overline{XXV}$ *CCCLIII (25 353) n., et obligare fundum Planianum qui est in Veleiate pago Junonio.* (Table de Veleia, 2.)

milieu de la période classique du droit romain, témoignent cependant de la prochaine décadence du *praes* et de la *subsignatio*.

Les sommes destinées à ces fondations proviennent du *fiscus,* trésor impérial, et non de l'*aerarium,* trésor du peuple. Le fait n'est pas mentionné dans le document, mais, à cette époque, l'*aerarium* était presque toujours vide (1). Le *fiscus,* considéré comme patrimoine privé, ne pouvait recevoir que les sûretés en usage alors entre simples citoyens, *sponsores, fidejussores,* hypothèques. La sûreté réelle dont il s'agit serait par conséquent une hypothèque ordinaire. L'idée a été admise comme indiscutable par Huschke et Puchta (2).

L'argument tiré de la qualité privée du créancier n'a pas semblé décisif à Savigny (3). Il applique sa théorie ordinaire et fait de notre sûreté une mancipation fiduciaire. Ainsi s'explique pour lui que la *professio praediorum,* mentionnée dans ces textes, n'engendre pas l'*obligatio praediorum ;* elle aurait eu cet effet, s'il se fût agi d'une hypothèque constituée par simple pacte. Ici il a fallu autre chose que cette déclaration. De plus, Savigny considère que ces *praedia* étaient nécessairement des biens dont le propriétaire avait le *dominium ex jure Quiritium.* Cela se comprend puisqu'ils devaient être mancipés. Il voit une preuve de cette qualité des biens dans les mots *deducto vectigali* (4). A son avis, ces mots

(1) Pernice, *Labeo,* III-1, p. 168. — Marquardt-Vigié, p. 385.
(2) Z. f. v. Rw., I, 169. — *Institutionen* (10e Auf.), § 128.
(3) *Vermischte Schriften,* V, p. 64.
(4) L. 2 ; l. 43.

ne signifient pas que dans l'évaluation des biens on déduit de leur valeur brute le capital nécessaire au service de cette sorte de rente annuelle, mais que de l'ensemble des biens offerts en garantie on exclut tout *ager vectigalis*. Quant aux *saltus vectigales* et *non vectigales* mentionnés à la ligne 43, ce serait une faute du graveur (1).

Cette argumentation est loin d'être convaincante. S'il s'agit d'une *subsignatio,* ce que Savigny admet, l'effet produit n'est pas celui d'une mancipation fiduciaire ; il n'y a aucune trace de mancipation et le mot *obligare* s'accorde mal avec un tel système. Le sens donné aux mots *deducto vectigali* est, lui aussi, difficilement acceptable. Il est préférable d'admettre avec Karlowa (2) que, dans l'estimation des *praedia* offerts en garantie, on déduisait le capital équivalent à la charge annuelle du vectigal. Il est fort improbable que le graveur ait commis une faute à la ligne 43 ; il vient d'être parlé de *saltus* et le passage contient quelques redondances provoquées par la crainte d'une désignation incomplète (3). A mon avis, on doit conserver les mots *agri vectigales ;* ils ont été l'objet de l'opération juridique dont nous cherchons à préciser la nature. La propriété quiritaire n'était donc pas exigée dans cette sûreté réelle.

Karlowa ne pense pas que la sûreté réelle fût dans le cas présent une véritable *subsignatio* (4). Le carac-

---

(1) *Vermischte Schriften,* V, p. 66, 67.

(2) *Rœmische Rg.*, I, p. 794.

(3) *...Sive quo alio vocabulo sunt... ; sive alis nominibus vocabulisque sunt...* »

(4) *Rœmische Rg.*, I, p. 793.

tère privé du *fiscus* exigerait cette solution. Mais l'hypothèque ainsi constituée ne serait pas une hypothèque ordinaire ; elle emprunterait une nature spéciale à la qualité de fonctionnaire public de l'une des parties contractantes.

La théorie de Karlowa est quelque peu imprécise. Je préfère adopter celle de Bruns et de Pernice qui voient dans cette *obligatio praediorum* une *subsignatio* produisant son effet ordinaire de donner à l'Etat un droit réel de vente (1). En effet, l'empereur est le premier magistrat romain ; il a les droits des autres administrateurs de la *res publica* sans être limité dans sa compétence. Selon Mommsen, le pouvoir impérial est la résurrection de l'ancienne dictature (2). Quant à la distinction de l'*aerarium* et du *fiscus*, elle devenait de moins en moins nette ; en fait, l'empereur était maître unique de l'un et de l'autre. Rien ne s'oppose à ce que l'empereur ait reçu des *praedia*, comme eût pu le faire un questeur ou un duumvir.

Il est inutile de recourir à l'explication ingénieuse proposée par Bachofen et Mommsen (3). Pline le jeune et un habitant de Ferentinum, voulant créer une institution analogue à celle de Trajan, durent manciper à un municipe un de leurs biens, puis le recevoir du même municipe, sous condition de payer une somme annuelle destinée au service de

---

(1) *Fontes*, p. 305. — *Labeo*, III-1, p. 168.

(2) Mommsen-Duquesne, *Droit pénal romain*, I, p. 304.

(3) Bachofen, *Pfandrecht*, I, 226. — Mommsen, C. I. L, IX, n° 1455.

leur fondation (1). Le municipe, propriétaire de cette sorte d'*ager vectigalis,* était efficacement protégé contre le non-paiement du constituant ou d'un de ses ayants cause. Ce procédé est peu conforme à l'expression *obligare ;* il n'a laissé aucune trace dans les documents présentement étudiés.

Obligatio praediorum se rapproche de *praedia obligata ;* le caractère administratif de l'opération permet de voir dans cette *obligatio,* l'effet d'une *subsignatio* et non d'une hypothèque. Mais cette *subsignatio* n'est plus la *subsignatio* classique. Le terme général *obligare* remplace ici le mot technique *subsignare.* D'ailleurs, à cette époque, *subsignare* tend à perdre son sens précis pour devenir synonyme de *obligare.* On en a un exemple, précisément dans une lettre de Pline à Trajan (2). Un autre symptôme de décadence se manifeste dans la qualité juridique des immeubles engagés ; ce ne sont pas seulement des *praedia,* mais des *saltus,* des *agri non vectigales,* mais aussi des *agri vectigales.* Il n'est plus nécessaire d'être *dominus ex jure Quiritium,* comme à l'époque de Cicéron. On a conservé l'ancienne déclaration solennelle (*professio*), mais elle ne suffit plus à engager les biens. Peu à peu, la *subsignatio* se rapproche de l'hypothèque ; elle perd ses caractères classiques, son originalité ; la décadence juridique commence pour notre institution.

---

(1) Cf. Bruns, *Fontes,* p. 308-309. — Un procédé analogue se retrouve en Asie-Mineure. Hitzig, Z. f. v. Rw., 1906, p. 14, 15.

(2) « *Subsigno apud te fidem pro moribus Romani.* » — *Epistolae Trajani,* IV, 4. — Cf. *Epis.,* III, 1, § 12. — Sur ce point, cf. Roby, I, 479, n. 1.

CHAPITRE II

Date de la disparition du « praes » et de la « subsignatio praediorum ».

Dans la sûreté personnelle, on n'a pas d'indice de modifications analogues à celles qu'on vient d'observer dans la sûreté réelle. Les deux éléments de la *cautio praedibus praediisque* ont donc eu sur ce point un sort différent. La *subsignatio* se développe au détriment du *praes*. La garantie primitive était toute personnelle ; elle tend à devenir exclusivement réelle. C'est là un signe de décadence juridique. Je crois que cette transformation se révèle dans cette *obligatio praediorum* des fondations de Trajan ; à la sûreté personnelle de *praedes* possibles, on a préféré une garantie réelle, portant sur des biens qu'on aurait autrefois refusé d'admettre.

Le *praes* diminue donc en fréquence. Le *fiscus*, en effet, use parfois de la *subsignatio ;* il n'emploie pas la *datio praedium*. Pour les contrats passés avec le *fiscus*, on ne rencontre que des *fidejussores idonei*. De plus, on peut croire que l'*aerarium* lui-même admettait des *sponsores* dans certaines circonstances, du moins.

Auguste, en créant l'*aerarium mititare,* lui attribua le produit de la *vicesima hereditatium,* établie en l'an 6 après Jésus-Christ (1). Cet *aerarium,* d'après Mommsen, est en droit assimilable à l'*aerarium Saturni;* ce sont deux caisses distinctes, mais toutes deux différentes du *fiscus* (2). Sous Auguste, d'autre part, la confusion de l'*aerarium* et du *fiscus* n'existe qu'au point de vue de la nomination des administrateurs, devenue bientôt l'œuvre exclusive de l'empereur (3). On supposerait légitimement que les cautions qui seront données à l'*aerarium militare* seront des *praedes.* Il n'en est rien. Gaius en parlant des *sponsores, fidepromissores* et *fidejussores,* déclare que le bénéfice de la loi Cornelia est commun à ces diverses espèces de cautions. Mais il ajoute : *Lege Julia de vicesima hereditatium cavetur, ut ad eas satisdationes quae ex ea lege proponuntur, lex Cornelia non pertineat* (4). Cet *aerarium* use donc des cautions de droit privé.

Pour moi, il y a dans ce texte l'indication d'un lien intime entre l'*aerarium* et le *fiscus,* une preuve nouvelle que de la qualité du créancier, on ne peut conclure à celle de la caution. Le *fiscus* reçoit des *praedia subsignata,* l'*aerarium,* des *sponsores* ou *fidejussores.* La transformation et l'unification des caisses publiques et de leurs garanties que nous rencontrerons bientôt s'annoncent déjà.

---

(1) Marquardt-Vigié, p. 335 et suiv.

(2) *Strafrecht,* p. 1026, n. 5. — Sur l'*aerarium Saturni* et l'*aerarium militare,* cf. Marquardt-Vigié, p. 384-387.

(3) Marquardt-Vigié, p. 385.

(4) III, 124, 125.

Mais *praes* et *subsignatio* ne disparaissent pas dès cette époque. Cela est évident, puisque la loi de Malaca (81-84 après Jésus-Christ) offre un exemple de *cautio praedibus praediisque* bien organisée, complétée par des *cognitores* et en pleine vigueur. Vraisemblablement, leur disparition date de 284 après Jésus-Christ. A cette date, à la procédure formulaire et aux cas de *legis actio sacramenti,* exceptionnellement conservés devant les centumvirs, succède une procédure unique, la *cognitio extraordinaria.* Les *praedes sacramenti* et les *praedes litis et vindiciarum* ne sauraient plus, dès lors, être demandés et fournis. De plus, cette date marque l'absorption définitive et complète de l'*aerarium* par le *fiscus ;* par suite, au *praes* se substitue le *fidejussor,* à la *subsignatio,* l'hypothèque.

Pour la *subsignatio,* un doute pourrait naître de son emploi par le *fiscus.* Mais elle n'est plus alors différente de l'hypothèque que par ses formes. Elle a pu peut-être conserver quelque particularité dans sa constitution ; mais hypothèque et *subsignatio* produisent le même effet à cette époque, un droit réel de vente, sauf clause contraire dans le pacte d'hypothèque. Les deux institutions, déjà rapprochées dans l'*obligatio praediorum* de Trajan, ont dû de plus en plus tendre vers l'unification.

Cependant, la *subsignatio* est expresse, ne porte que sur des immeubles et n'a d'effet que sur le bien spécialement engagé. Elle ne se confond pas avec toute hypothèque. En particulier, la *subsignatio* reste distincte de l'hypothèque générale du fisc, tacite et mobilière aussi bien qu'immobilière. Une

telle hypothèque existe avant 214 après Jésus-Christ, car la constitution de Caracalla à laquelle on en attribue souvent la création la suppose existante, plutôt qu'elle ne l'établit (1). En présence de cette garantie, la *subsignatio* n'offrait aucune utilité de la part du débiteur principal ou de ses cautions personnelles, car tous contractent avec le fisc. Quant aux cautions réelles, une hypothèque était équivalente à la *subsignatio*.

Rien ne s'oppose donc à ce que la *subsignatio* ait disparu avec l'*aerarium*. Il est même vraisemblable qu'elle n'a guère survécu à la reconnaissance de l'hypothèque générale du fisc et à la transformation de fait, de l'*aerarium* en *arca municipalis* (2). L'institution juridique a disparu, mais le mot est resté ; il est devenu synonyme d'hypothèque (3), quoique

---

(1) *Certum est ejus qui cum fisco contrahit bona veluti pignoris titulo obligari, quamvis specialiter id non exprimitur.* 2 C. J., 8, 14 (15). — L'institution et presque l'expression se rencontrent dans le paragraphe 5 *De jure fisci. Bona eorum qui cum fisco contrahunt lege vacuaria velut pignoris jure fisco obligantur, non solum ea quae habent, sed et ea quae postea habituri sunt.* D'après ce texte, tel que le lit Huschke, la loi *Julia de vicesima hereditatium* (6 après Jésus-Christ) aurait créé cette hypothèque générale tacite pour les contrats passés en vue de son application. Mais le texte porte *lege vacuaria*, et la restitution *lege vicesimaria* est quelque peu douteuse, puisque la *vicesima* est versée à un *aerarium*, et non au *fiscus*.

(2) Marquardt-Vigié, p. 386. — La transformation juridique et définitive ne date que des réformes de Dioclétien.

(3) On peut en trouver la preuve dans une constitution de Valentinien et Valens de 364. 3 C. J., 11, 59 (58). — Il y est parlé de *fundi obligati*, ce qui pourrait faire penser à *praedia obligata*. Mais ce rapprochement entre les mots est un argument insuffisant, d'autant plus que le texte mentionne des *fidejussores idoneos*. Le terme *obligati* s'applique aussi bien à des biens hypothéqués qu'à des *praedia subsignata*.

peut-être il fasse parfois allusion à quelque particularité rappelant l'ancienne *subsignatio*. On le rencontre notamment en 397 dans une constitution d'Arcadius et Honorius (1), employé avec *fidejussor*.

La *subsignatio praediorum* a donc cessé d'exister entre 235 (mort d'Alexandre Sévère) et 284 (réformes de Dioclétien). Il en a été, à mon avis, de même du *praes*. Ici encore, le mot se rencontre dans des textes de la fin du quatrième siècle, et pourrait laisser croire à l'existence de l'institution. Il s'agit de deux passages d'Ausone, consul en 379 (2). L'un d'entre eux peut facilement être écarté, car les paroles de Thalès de Milet ne font pas nécessairement allusion à un fait contemporain. L'autre texte est un amusement philologique ; Ausone veut terminer tous ses vers par des monosyllabes et n'a garde de négliger d'employer dans ce but *vas* et *praes*. Il considère le *vas* comme une caution dans un procès criminel, et le *praes* dans un procès civil. Le peu de valeur juridique de ces vers est évident. Ce *praes* serait un *praes* assurant l'exécution de la condamnation dans une action personnelle (3). Or, à cette époque, le *praes* de procédure n'existe pas plus que la *legis actio*. M. Schlossmann invoque les fonctions administra-

---

(1) C. Th., I, II, 1. *Manentibus fidejussorum et subsignationum meritis...*

(2) *Per mille possum currere exempla ut probem*
Praedes vadesque pœnitudinis reos.
(*Ludus septem sapientum.*)
Quis subit in pœnam capitali judicio ? vas.
Quid si lis fuerit nummaria, quis dabitur ? praes.
(Idylles, XII, *Technopœgnion.*)

(3) Argument du mot *nummaria*.

tives d'Ausone comme preuve de ses connaissances juridiques et croit à une nouvelle application du *praes* (1). Il est bien téméraire de donner une telle importance à un texte aussi peu sérieux et de considérer le poète-consul que fut Ausonne comme une source juridique décisive. A mon avis, les vers d'Ausone n'ont aucune signification précise ; c'est un tour de force poétique sans importance.

Il est plus difficile de fixer la date du dernier témoignage certain sur l'existence du *praes* avant 284. Le tribunal des centumvirs a cessé d'exister au cours du troisième siècle (2), à une époque imprécise. Peut-être pourrait-on admettre la présence du mot *praes* dans une inscription récemment découverte (3). D'après M. Bormann, il s'agirait d'un fragment d'un droit municipal accordé par Caracalla aux habitants de Lauriacum (Autriche), entre 211 et 217. Le texte est très mutilé ; cependant M. Bormann y voit une disposition semblable au chapitre XXV de la loi de Salpensa par suite des mots *annorum XXXV...*, âge requis du délégué des duumvirs qui sont communs aux deux inscriptions. L'argument n'est pas décisif. Quoi qu'il en soit, on lit, après XXXV, PRAESE ; M. Bormann croit distinguer ensuite une ligne perpendiculaire appartenant à un N et il lit : *praesentibus* (4). Cette haste ne se

(1) Z. S. S., 1907, p. 305-307.

(2) Martin, p. 20. — Jobbé-Duval, N. R. H., 1905, p. 12, 13.

(3) Bormann, *Bronzeinschrift aus Lauriacum*. On ne lit sur le bronze que *cui... aliave qua causa et... arbitrabitur quem... annorum XXXV PRAESE... prehensumque est in... Pii Aug. Part. max. Brit...*

(4) Bormann, p. 316. « Darauf scheint noch ein senkrechter Strich erhalten, der zu N gehœren kann ».

remarque en aucune façon sur la reproduction de l'inscription donnée dans la *Tafel IV*, quoique s'y révèlent bien les menus détails de la table de bronze et des lettres. Sans rechercher à quel texte connu on peut comparer cette inscription ni quelle règle de droit y était mentionnée, il serait possible de lire *praes*. Cette lecture n'est évidemment qu'une hypothèse, mais aussi acceptable, semble-t-il, que la restitution de M. Bormann.

On pourrait ainsi placer la date de disparition du *praes* entre 217 et 284, la première date restant approximative.

CHAPITRE III

Condition juridique du « praes » et des « praedia subsignata ».

Il ne semble pas que le *praes* ait subi de modification dans sa condition juridique durant les deuxième et troisième siècles de l'ère chrétienne. Les textes sont muets sur ce point. Le *Digeste* ne contient que très peu de renseignements sur les *praedes* et la *subsignatio*. Les mots eux-mêmes n'y sont pas prononcés. Gœppert a soutenu, il est vrai, qu'en cas de *damnum infectum*, le propriétaire de l'immeuble donnait au voisin des *praedes* (1). Son opinion s'appuyait sur une lecture défectueuse (2). — On a donné des listes de textes du *Digeste* se rapportant aux *praedes* (3). M. Lenel a raison d'y comprendre le fragment 39, pr. D., 50, 16, où Paul donne

(1) Z. f. Rg., IV, p. 272.

(2) *Praedibus* pour *pro aedibus*, 6, 7, D, 10, 3.

(3) Rivier, *Untersuchungen*, p. 45, 84. — Lenel-Peltier, *Edit*, II, p. 121.

une explication historique du mot *subsignatio*. Il est également établi par le même auteur que Paul commente le titre *De praediatoribus* dans son livre 53 et Ulpien dans le livre 56. Mais on ignore ce que contenait ce titre. Toutefois, il n'est pas invraisemblable que 39, 2-3 D., 50, 16 et 40, pr. D., 50, 16 fassent allusion à l'interruption de l'*usureceptio ex praediatura ;* les définitions de *familia* et les règles sur l'effet de l'absence *rei publicae causa* ou de l'éviction de part d'un esclave ont une liaison moins nette avec les *praedes* et la *subsignatio* (1). Mais ce ne sont là que des possibilités ; on ignore l'état du texte primitif ; il est, par suite, impossible d'utiliser ces documents pour mieux connaître ces institutions.

Parmi les textes cités par Rivier, la loi 16, 1, D., 13, 7, parle de *rem in publicum obligatam*. S'agit-il d'une *subsignatio* ? On ne peut l'affirmer. Il en est de même de la loi 15, D., 33, 4, déjà discutée (2). Les fragments 3, 13, D., 15, 1 ; 1, 17, D , 27, 8 et 17, 15, D., 50, 1, parlent de *rem publicam salvam fore ;* le mot *publicus* peut faire songer à des cautions analogues à celle du chapitre LX de la loi de Malaca. On ne peut affirmer dans le dernier cas que le texte primitif portait *praedes ;* ce passage nous apprend que les cautions des magistrats ne sont pas passibles des peines prononcées contre ceux-ci. Les deux premiers textes ont rapport à l'action *de peculio* dont se trouve tenu le *paterfamilias*. On le voit, ou

---

(1) 40, 1-2, D. 50, 16. — 140, D. 50, 17. — 31, pr., D. 4, 6. — 28, pr., D 12, 1. — 42, D. 21, 2.

(2) II[e] partie, chap. v.

l'interpolation n'est pas démontrée, ou le renseignement est obscur ou sans grande importance.

Cette pénurie de détails s'explique si l'on se rend compte du nombre de moins en moins fréquent des *praedes*. En droit privé, on n'en connaît aucun exemple. En procédure, la *legis actio sacramenti* était possible devant les centumvirs (Gaius, IV, 31) ; elle comprenait des *praedes sacramenti* dont l'exécution était rendue extrêmement rare par la modicité du *sacramentum* et des *praedes litis et vindiciarum*. Ces derniers n'existaient que dans l'*actio in rem* qui peut-être disparut plus rapidement que l'*actio in personam* (1). Toutefois, ce serait peut-être une exagération de dire que cette dernière subsista seule (2). En tout cas, elle n'était pas la forme de la *legis actio* obligatoire et unique, car l'*actio in rem* resta théoriquement possible jusqu'à la disparition des centumvirs.

En droit public, la *datio praedium* a moins de cas d'application qu'autrefois. Elle a pu survivre en droit criminel. En droit administratif, à la ferme se substitue de plus en plus la régie. L'empereur tend à devenir, par ses soldats et ses ouvriers, le grand entrepreneur et, par ses *procuratores,* le grand et unique percepteur de l'Empire (3). Sans doute, un certain nombre d'impôts ou d'entreprises sont

---

(1) Quant aux *praedes* garantissant l'exécution du jugement dans l'*actio in personam*, ils ont évidemment existé à cette époque, si toutefois on admet ce cas de *datio praedium*.

(2) Cf. Martin, p. 105. — Cette disparition de l'*actio in rem* est vraisemblable pour l'époque de Gaius. — Jobbé-Duval, N. R. H., 1905, p. 13.

(3) Marquardt-Vigié, p. 114, 396.

adjugés ; mais c'était souvent pour le compte du *fiscus,* qui accaparait de plus en plus toutes les ressources de l'Etat. De la ferme, on ne peut donc pas conclure à l'existence nécessaire de *praedes.*

Dans les provinces, les villes prennent l'habitude de contracter avec un *actor* (1). Celui-ci est un mandataire chargé de diriger l'entreprise et reçoit de la caisse municipale la somme nécessaire. Simple particulier, il ne peut à cette époque exiger des *praedes* des personnes avec qui il traite. Bientôt la centralisation impériale enlèvera aux cités tout vestige de souveraineté et d'indépendance. Ulpien ne parle que de *pignora idonea* ou d'hypothèques comme garantie de prêts consentis par les cités provinciales (3).

---

(1) Dareste de la Chavanne, p. 123. — Serrigny, I, p. 222, 223.
(2) 33, D., 22, 1.

CHAPITRE IV

Influence du « praes » et de la « subsignatio praediorum » en droit romain.

Le *praes* et la *subsignatio* n'ont pas disparu sans avoir exercé quelque influence sur les autres institutions du droit romain public ou privé. Notamment, on a vu dans la *subsignatio* l'origine de l'hypothèque, et dans les *praedes litis et vindiciarum* celle de la *stipulatio pro praede litis et vindiciarum*.

Mommsen, en 1855, semble ne pas être hostile à l'idée que l'hypothèque vient de la *subsignatio* (1). Il appliquait son système ordinaire qui consiste à voir, dans le droit public, l'origine et le modèle du droit privé. Toutefois, l'exposé de la théorie était assez hésitant. Mais, en 1885, il admet que l'hypothèque a sa source dans les *invecta et illata* (2). A son

(1) *Stadtrechte*, p. 69.
(2) Z. S. S., 1885, p. 271.

avis, *praedes* et *praedia* sont indivisibles, et le droit privé aurait reçu du droit public les uns et les autres. Cette indissolubilité de la *cautio praedibus praediisque* est fort exagérée; nous avons constaté l'existence indépendante de *praedes* et de *praedia* (1). Mommsen ajoute que si l'hypothèque provenait de la *subsignatio,* on n'eût pas donné à l'institution un nom grec. L'argument n'est pas décisif; nombre d'auteurs admettent que l'hypothèque provient du développement interne des sûretés réelles romaines et l'origine grecque du nom est, cependant, incontestée (2).

Jourdan admet, au contraire, que la *subsignatio* a donné naissance à l'hypothèque (3). La ressemblance des mots serait un argument insuffisant. La similitude d'effet, entre les deux institutions, serait une preuve sérieuse; mais la *subsignatio* a un effet différent de l'hypothèque. La *subsignatio* est spéciale et toujours immobilière ; l'hypothèque peut être générale et porter sur des meubles La *subsignatio* donne, non le *jus possidendi,* mais le *jus distrahendi;* l'hypothèque, par elle-même, ne confère que le premier de ces droits (4). La *subsignatio* est entourée d'une certaine publicité qui manque à l'hypothèque. Cet ensemble de différences est un motif sérieux de penser que l'hypothèque ne vient pas de la *subsignatio.*

---

(1) IIe partie, chap. III-IV.

(2) Cf. Girard, *Manuel,* p. 765, 766.

(3) *De l'hypothèque,* p. 45-64.

(4) La différence est également essentielle si l'on admet le système de Karlowa et de M. Peltier.

Malgré ces différences, M. Manigk croit que la *subsignatio* a eu une grande influence sur la naissance de l'hypothèque (1). Il ne va pas jusqu'à affirmer que celle-ci vient de celle-là, parce que le mot *pignus*, employé parfois pour *hypotheca*, n'a jamais été usité en matière de *subsignatio* (2). Mais l'existence d'un droit de vente et d'un gage sans possession lui permet de reconnaître à la *subsignatio* un rôle très important, plus important que celui de l'hypothèque grecque, dans la formation de la théorie de l'*hypotheca* romaine.

Je considère, au contraire, les différences signalées entre les deux institutions comme trop essentielles pour admettre la théorie de M. Manigk. En particulier, l'hypothèque est un *pignus* dont l'entrée en possession a lieu à l'échéance seulement; or, en cas de *subsignatio*, toute entrée en possession est exclue, de l'aveu même de M. Manigk (3). Sur ce point, il est préférable de s'en tenir au système qui considère l'hypothèque comme due au développement interne des sûretés du droit romain privé.

---

(1) *Pfandrechtliche Untersuchungen*, p. 59, n. 1.

(2) MM. Cuq (I, p. 256, n. 4) et Girard (*Manuel*, p. 765, n. 3) considèrent l'opinion de M. Manigk comme plus absolue qu'elle ne me paraît l'être dans le texte. « Hætten die Rœmer schon von alters her auf ein Pfand ohne Besitz den Ausdruck pignus angewandt, dann brauchten wir nicht anderswo nach dem Ursprung der Hypothek zu suchen, hætten in der alten Prædiatur vielmehr das Urbild derselben vor uns. Wir haben aber auch schon aus dem hier fixierten terminologischen Grunde anzunehmen, dass die Hypothek auf anderer Basis entstanden sein muss. » P. 59.

(3) *Op. cit.*, p. 57.

Par contre, il est fort admissible que la *stipulatio pro praede litis et vindiciarum* ait son origine dans les *praedes litis et vindiciarum*. D'après M. Roby, cette *stipulatio* remplacerait également les *praedes sacramenti ;* il semble même que cet auteur attribue à à ces derniers un rôle prépondérant (1). Ce système est contraire aux textes de Gaius et au nom même de notre *stipulatio* (2). Ces deux arguments militent en faveur de l'opinion traditionnelle soutenue par M. Lend (3). On peut admettre que cette origine se soit traduite par une fiction dans l'action donnée contre le stipulant ou ses *sponsores,* en supposant accomplie une *datio praedium*. Le même fait est vraisemblable, on le sait, dans la formule de l'*actio judicati* (4). Une clause analogue à la *clausula arbitraria* s'y rencontrait probablement ; les *praedes litis et vindiciarum,* en effet, évitaient l'exécution sur leur personne en se conformant à l'indication du juge ; de même les *sponsores* et le perdant ne paieront la somme fixée que s'ils ne restituent pas. Mais cette origine même de la *stipulatio pro praede litis et vindiciarum* rend peu sûre l'existence des *tres clausulae*

---

(1) « *The wager took the place of the sacramentum in the old legis actio and this security took the place of the sureties there given.* But as the amount of the wager was only nominal, security to be effectual had to be given not for that amount (as in jud. solvi), but for the restitution of the thing in dispute and the mesne profits. » I, p. 385.

(2) *Ideo autem appellata est pro praede litis vindiciarum stipulatio, quia in locum praedium successit, qui olim, cum lege agebatur, pro lite et vindiciis... dabantur.* II, 94.

(3) Lenel-Peltier, *Edit*, II, p. 268-275.

(4) Girard, *Manuel*, p. 1037.

una quantitate conclusae, défendue par M. Lenel. Car les *praedes* sont distincts des *vades ;* ils sont intéressés à l'exécution du jugement, non à la poursuite régulière de l'instance. Je crois que seules les clauses *de re judicata* et *de dolo malo* (1) existaient dans la *stipulatio pro praede litis et vindiciarum,* et non celle *de re defenda,* pendant les débuts de la procédure *per sponsionem,* du moins. Alors, en effet, le souvenir du rôle des *praedes* a dû éviter cette transformation et cette généralisation de la sûreté fournie. Pour la période suivante, les arguments et les conclusions de M. Lenel reprennent toute leur valeur.

Outre cette influence sur les institutions juridiques, on peut reconnaître à la *cautio praedibus praediisque* des effets sur la législation fiscale romaine. Habitués à trouver chez les débiteurs contractuels de l'*aerarium,* une sûreté réelle qui renforçait l'engagement du *manceps* et des *praedes,* les Romains ont eu ainsi l'idée d'une garantie réelle imposée à toute personne qui contracte avec l'Etat. L'hypothèque générale du fisc est préférable à la *subsignatio,* parce qu'elle existe *ipso jure* et s'étend à tous les biens présents et à venir. Evidemment, elle n'a pas son origine dans la *subsignatio,* toujours expresse et n'engageant que les biens présents et indiqués nominativement. Mais je crois à une certaine influence diffuse exercée par l'existence de *praedia subsignata* et de la *cautio praedibus prae-*

(1) Qui n'est qu'un fort utile complément de la précédente.

diisque, unissant les deux garanties personnelle et réelle.

A ne considérer que les *praedes*, ils ont contribué à la naissance du nouveau mode de perception des impôts distinct de la régie, la perception par les *curiales* (1). Ceux-ci sont responsables de l'impôt dû par la cité, comme les *praedes* l'étaient de la somme versée comme valeur nette de l'impôt par le *manceps*. L'*ordo decurionum* a remplacé la *societas publicanorum*. Si l'on se souvient que les *praedes* cumulaient fréquemment cette qualité avec celle de *socii*, l'analogie entre *curiales* et *praedes* se précisera encore. La différence est que la qualité de *curialis* est héréditaire, viagère et imposée, tandis que l'engagement du *praes* est libre et limité à un certain nombre d'opérations.

On peut suivre assez bien la transformation en Egypte où, aux anciennes cautions du fisc, équivalentes aux *praedes*, succèdent ces cautions forcées. En 277, le prytane d'Alexandrie choisit les nomarques chargés de recouvrer l'impôt au nom de la cité ; tous sont considérés comme responsables et les nomarques sont qualifiés d'ἔγγυοι (2). La similitude du prytane et de ces nomarques avec le *manceps* et les *praedes* est évidente. Ces nomarques, dont l'obligation est imposée, sont souvent des décurions (3). Et ainsi les deux institutions fiscales tendent à se rapprocher.

L'idée de rendre obligatoire la perception des

---

(1) Cf. les collecteurs de la taille. — Brissaud, I, 932.
(2) Wilcken, *Ostraka*, I, p. 625, 626.
(3) Wilcken, *Ostraka*, I, p. 630.

impôts ne se rencontre pas seulement en Egypte où on la trouve d'assez bonne heure (1). Elle apparaît comme une pratique bien établie dans la loi 3, 6, D., 49, 14; sans doute, elle est condamnée par Hadrien ; mais elle est si conforme aux tendances et aux besoins de l'époque qu'on comprend qu'elle soit devenue la loi. *Manceps* et *praes* se confondent en un vaste cautionnement solidaire et mutuel que renforce l'hypothèque générale et privilégiée du fisc.

Il ne semblera donc pas trop hardi de voir dans les *curiales* du Haut et Bas-Empire les successeurs des *praedes publicanorum*. De même, les cautions exigées du demandeur dans les procédures *per formulas* et *extra ordinem* rappelleront les *praedes litis et vindiciarum*. Les *fidejussores idonei* et l'hypothèque du fisc ressemblent à la *cautio praedibus praediisque,* mais sans en dériver directement. Les *praedes sacramenti* ont disparu tout entiers.

Telles sont les institutions juridiques et fiscales que l'on peut, à des degrés divers, considérer comme issues des *praedes* et des *praedia subsignata*. Je ne crois pas que l'on puisse y joindre aucune institution postérieure ou autre. Sans songer au droit byzantin après Justinien, il est évident que les institutions franques et, d'une façon plus générale, barbares n'ont pu subir l'influence des *praedes* ou de la *subsignatio,* disparus un siècle avant le début des grandes invasions. Ce n'est pas la ressemblance des

(1) Révillout, *Obligations*, p. 211.

mots *praes* et *plège*, en particulier, qui pourrait être un argument sérieux contre cette opinion (1). Entre les *praedes* et les *praedia* et certains usages ou institutions des législations qui ont subi l'influence du droit romain, il peut exister des ressemblances ; il n'y a pas de filiation même lointaine.

---

(1) Saumaise a considéré que l'étymologie de plège était *praes*. Entre ces mots, il semble bien au contraire que la ressemblance, qu'il ne faut pas exagérer d'ailleurs, est toute fortuite. — Cf. Du Cange, *Glossarium mediae et infimae latinitatis*, v° *Plegius, in fine*.

CONCLUSION

On peut avoir maintenant une idée générale de l'évolution du *praes* et de la *subsignatio*. Le *praes* est une institution latine, connue et conservée par les fondateurs de Rome. A cette époque, la *datio praedium* a une application générale et sert à rendre indirectement, mais efficacement, obligatoires les rapports sociaux non encore sanctionnés par l'autorité publique ; la condition du *praes* est celle d'un otage que libérera le paiement effectué par le débiteur.

Mais le *praes* subit l'influence des progrès de la conscience juridique romaine et des transformations économiques. D'autres institutions naissent et restreignent l'application de la *datio praedium ;* c'est le *vas* et le *vindex*. Par contre, le développement de l'Etat romain et des relations juridiques entre familles, bientôt la sécularisation du *sacramentum* lui donneront un nouvel essor. La condition juridique se modifie en même temps ; le *praes* n'est plus remis de suite au créancier ; il est seulement exposé à la mort ou à l'esclavage, lors de l'échéance. Son état d'obligé est devenu éventuel et subordonné à la non-exécution de l'obligation.

Le développement de la propriété individuelle et la saisie directe des biens par les questeurs provo-

quent la naissance de la *subsignatio praediorum*. Vente à réméré à l'origine, elle devient promesse de vente avec *lex commissoria*. Elle introduit un élément réel à côté de l'ancienne garantie purement personnelle et n'existe qu'en droit administratif. C'est que les rapports juridiques privés sont de mieux en mieux sanctionnés et que le droit privé ne connaît encore pas le moyen d'atteindre directement le patrimoine, indépendamment de la personne.

Bientôt à l'esclavage, succédera la simple servitude de fait, pour dette (*addictio*) ; le créancier n'aura plus un droit réel sur la personne du débiteur, mais seulement la faculté d'user de ses services et d'obtenir cession amiable de ses biens en cas de non-paiement. Le *praes* devient comme le *nexus* un débiteur au sens moderne du mot. La création de la *bonorum venditio* réalisera en droit privé le même progrès que l'usage ancien de la *bonorum sectio* en droit public.

Toutefois, le *praes*, en droit privé, fait de plus en plus place au *sponsor* ou au *fidejussor*. Il tend à devenir la caution de l'*aerarium* et des caisses municipales. Donné à l'Etat ou au demandeur dans le *sacramentum*, son obligation reste exécutoire sans jugement. La *subsignatio* engendre à ce moment un droit réel de vente avec privilège sur le prix obtenu. Souvent réunis, *praedes* et *praedia* constituent la *cautio praedibus praediisque*, garantie normale de l'*aerarium*. Permettant le fonctionnement de la ferme des impôts et des travaux publics de tout genre, les *praedes* sont fréquemment membres des *societates publicanorum*.

Avec l'Empire, les *praedes* perdent de leur importance. La *bonorum sectio* se dédouble en ventes *lege praediatoria* et *in vacuum*. L'ancienne sûreté, renforcée de la *subsignatio,* ne suffit plus aux besoins de l'époque ; on y joint des *cognitores*. Mais, en même temps, s'introduit un certain bénéfice de division en faveur des *praedes* et des propriétaires de *praedia ;* les *cognitores* jouissent du bénéfice de discussion. Les caractères originaux des *praedes* et des *praedia* se perdent de plus en plus.

Dès lors, la *cautio praedibus praediisque* demeure stationnaire dans son organisation juridique ; mais elle devient de moins en moins fréquente. Avant la fin du troisième siècle de l'ère chrétienne, elle aura disparu. Aux *praedes litis et vindiciarum,* a succédé la *stipulatio pro praede litis et vindiciarum ;* la *cautio praedibus praediisque* a quelque peu influé sur la création de l'hypothèque générale du fisc ; les *praedes publicanorum* sont devenus les *curiales.*

Durant toute cette évolution, quelque chose est demeuré stable et constitue l'essence du *praes.* Le *praes* a toujours été une caution au sens large du mot. Le cautionnement est l'intervention d'une personne non intéressée dans l'opération et qui assume l'exécution de l'obligation du débiteur. La caution ne doit pas rationellement supporter le poids définitif de la dette. Cette idée se retrouve dès les origines, alors que le *praes*-otage peut et doit être racheté ; il n'est pas le véritable débiteur. La conception a persisté, obscurcie, il est vrai, par l'absence de bénéfice de discussion et de recours légal ; mais l'élément

essentiel de l'*intercessio* existe toujours car les *praedes socii* sont cautions du *manceps,* juridiquement seul contractant avec l'Etat, et leur qualité de *socii* ne fait que diminuer l'étendue de leur *intercessio* sans la supprimer (1). De plus, le *praes* soumis *de plano* à l'exécution forcée comme tout débiteur aux origines, l'est demeuré grâce à l'effet restreint de la loi Vallia en droit privé et à la conservation du système primitif en droit public. Libérant le débiteur à l'égard du créancier à l'époque primitive, il est resté tenu à côté du débiteur principal et n'a pas connu sur ce point d'autre adoucissement à sa condition.

Le *praes* est donc une caution dont l'obligation est exécutoire sans jugement et sans bénéfice de discussion. Ces deux derniers caractères se retrouvent dans les *praedia subsignata.* On peut définir en effet la *subsignatio praediorum :* une sûreté réelle portant sur des immeubles nominativement indiqués et donnant à l'Etat auquel elle est réservée le droit de vendre les biens engagés sans jugement, sans *excussio realis* ou *personalis,* sans entrée en possession préalable et de se payer par préférence sur le prix. Dans la *subsignatio* se révèle de plus une sûreté réelle indépendante de l'engagement personnel mais compatible avec lui. Par là, en particulier, *praes et subsignatio* se distinguent des autres cautions et garanties réelles du droit romain classique.

---

(1) Ne peut-on pas considérer les débiteurs corréaux comme se portant réciproquement cautions pour la part de la dette qui excède leur intérêt dans l'opération ? L'idée me semble exacte au point de vue économique et pratique. La corréalité a été la forme juridique primitive du cautionnement, et aujourd'hui, en fait, les cautions renoncent souvent aux bénéfices de discussion et de division.

Ni le *sponsor,* ni le *fidepromissor,* ni le *fidejussor* ne contractent une obligation exécutoire sans jugement. Ils ont sans doute quelque analogie avec le *praes,* outre leur caractère commun de caution. C'est ainsi que ce sont des cautions de droit commun, s'engageant *verbis* et n'ayant connu que par voie indirecte ou tardivement le bénéfice de division. Le bénéfice de discussion ne leur fut accordé qu'après la disparition des *praedes.* C'est donc la force exécutoire qui caractérise le *praes* vis-à-vis de ces formes de cautionnement. L'emploi du *praes* comme caution de l'*aerarium* n'est pas une différence essentielle ; le *sponsor* et le *fidejussor* ont été usités comme cautions de l'*aerarium militare* et le *sponsor,* tout au moins, a coexisté avec le *praes* dans les contrats privés avant le septième siècle. Outre les contrastes déjà relevés entre les effets de l'hypothèque et de la *subsignatio,* cette dernière, réservée au droit administratif, est exécutoire sans jugement. Les Romains ne connaissant pas d'actes analogues à nos actes notariés, il y a là entre les deux institutions une différence remarquable. Par ses effets et par son emploi dans le seul droit public, la *subsignatio* se différencie également de la *mancipatio* fiduciaire et du *pignus.*

Les cautions primitives qui ont coexisté avec le *praes,* sont le *vas* et le *vindex.* Ce dernier, dont l'intervention a pour but d'arrêter l'exécution forcée (*vindex* dans la *manus injectio*) et de contraindre le créancier à faire reconnaître son droit en justice, ou de prendre la place du débiteur dans une instance qui commence (*vindex* dans l'*in jus vocatio*), ne con-

tracte pas évidemment une obligation exécutoire sans jugement. De plus, ces deux cas sont les seuls où puisse se rencontrer un *vindex*. La *datio praedium* a, au contraire, une application générale. — Très vraisemblablement, l'obligation du *vas* est exécutoire comme celle du *praes*. Mais tandis que l'on peut donner toujours en principe un *praes*, le *vas* n'est possible que s'il s'agit de garantir une comparution en justice. Le *vas* et le *vindex* sont des cautions dont les cas d'application sont précis ; le *praes* est une caution de droit commun (1).

---

(1) Les cautions modernes qui présentent, *mutatis mutandis*, les caractères essentiels des *praedes* sont, par conséquent, celles-là seules qui seront constatées par acte notarié, par jugement, ou par acte passé en la forme administrative et qui, volontairement ou légalement, seront privées du bénéfice de discussion. On peut citer comme exemple la caution judiciaire. L'hypothèque moderne ressemble fort à la *subsignatio* par ses effets ; mais la caution réelle jouit aujourd'hui en principe du bénéfice de discussion. Par contre, les certificateurs d'une caution judiciaire n'ont pas ce bénéfice reconnu aux *cognitores* dans la loi de Malaca.

Vu :

F. DESSERTEAUX.

Vu :

Le Doyen de la Faculté de Droit de l'Université de Dijon,

E. BAILLY.

Vu et permis d'imprimer :

Dijon, le 30 mai 1907.

Le Recteur de l'Académie,

E. BOIRAC

INDEX

DES PRINCIPAUX TEXTES TRANSCRITS (1)

1° TEXTES JURIDIQUES

Loi Acilia *repetundarum*, l. 57, p. 115, n. 2.
Loi agraire de 643/111, l. 74, p. 92, n. 2 ; l. 84, p. 125, n. 1.
Loi de Malaca, chap. LX, p. 111, n. 1 ; chap. LXIII, p. 128, n. 2 ; chap. LXIV, p. 141 ; p 147, n. 1 ; chap. LXV, p 94, n. 1.
Sénatus-consulte de Venafrum, p. 148.
Inscription de Lauriacum, p. 182, n. 3.
51, D, 23, 3, p. 96, n. 3.
39, D, 50, 16, p. 127, n. 4.
205, D, 50, 17, p. 134.
Inscription de Tibur, p. 111.
Fondations alimentaires de Trajan (table de Veleia, l. 2, p. 138, n. 1).
Gaius, II, 61, p. 159 ; IV, 13, p. 34, n. 1 ; IV, 16, p. 29, n. 4 ; 94, p. 29, n. 4 ; p. 192, n. 2.
Paul *Sententiae*, V, 1, 1, p. 52, n. 3.

2° TEXTES LITTÉRAIRES

Cicéron, Résumé de la *causa Juniana*, p. 43, n. 2 ; p. 98, n. 3 ; p. 153 ; Résumé de la *causa Antoniana*, p. 92, 93 ; p. 151,

(1) Les textes auxquels il est fait un simple renvoi ne sont pas mentionnés dans cet index, qui n'est pas d'ailleurs une liste complète des citations contenues dans la présente étude.

n. 3 ; *Pro Flacco*, 32, 80, p. 119, n. 1 ; *Pro domo*, 18, 48, p. 104, 105 ; *Ad familiares*, II, 17, 4, p. 42, n. 1 ; Scholiaste sur *Pro Flacco*, 32, 80, p. 121.

Festus, v° *compraedes*, p. 102 ; v° *praes*, p. 82, n. 3 ; v° *vindiciae*, p. 38, n. 6.

Isidorus Hispalensis, *Etymologiarum*, 13, 3, 5, p. 117, n. 1.

Plaute, *Persa*, II, 4, 17, p. 17, n. 2 ; *Ménechmes*, IV, 2, 20, p. 18, n. 1.

Pline, *Historia naturalis*, IX, 60, p. 119, n. 4.

Polybe, *Historiae*, VI, 17, p. 105, n. 2.

Suétone, *Vita Claudi*, 9, p. 142, n. 1.

Tacite, *Annales*, 6, 17, p. 112, n. 1.

Térence, *Heautontimoroumenos*, III, 3, 44, p. 41, n. 2.

Tite-Live, III, 44 et suiv., p. 18, n. 2 ; p. 25 ; VII, 21, p. 39, n. 3 ; XXII, 60, p. 39, n. 4 ; p. 72, n. 3.

Valère-Maxime, *Mémorables*, IV, 4, 7, p. 72, n. 4.

Varron, *De lingua latina*, V, 40, p. 10, n. 2 ; p. 74, n. 1 ; VI, 74, p. 102, n. 1.

TABLE DES MATIÈRES

BIBLIOGRAPHIE v

INTRODUCTION 1

PREMIÈRE PARTIE

Les origines.

CHAPITRE Ier. — *Etymologie* 9

CHAPITRE II. — *Date et origine* 17

CHAPITRE III. — *Cas d'application de la « datio praedium »*. 27

CHAPITRE IV. — *Condition juridique du « praes »* . . . 47

CHAPITRE V. — *Relations du « praes » et du débiteur principal* 63

CHAPITRE VI. — *La « subsignatio praediorum » originaire* 71

DEUXIÈME PARTIE

La période classique

CHAPITRE Ier. — *Formation et conditions de l'engagement du « praes »*. 79

CHAPITRE II. — *Effets et exécution forcée de l'engagement du « praes »*. 87

Chapitre III. — *Cas d'application de la « datio praedium »* 103

Chapitre IV. — *Nature et cas de la « subsignatio praediorum »* 109

Chapitre V. — *Conditions et formes de la « subsignatio praediorum »* 117

Chapitre VI. — *Effets de la « subsignatio »* 131

Chapitre VII. — *Nature et cas des ventes « lege praediatoria » et « in vacuum »* 141

Chapitre VIII — *Conditions et formes des ventes « lege praediatoria » et « in vacuum »* 147

Chapitre IX. — *Effets des ventes « lege praediatoria » et « in vacuum »* 157

TROISIÈME PARTIE

Disparition et transformations du « praes » et de la « subsignatio praediorum ».

Chapitre Ier. — *Les fondations alimentaires de Trajan et la « subsignatio »* 171

Chapitre II. — *Date de la disparition du « praes » et de la « subsignatio praediorum »* 177

Chapitre III. — *Condition juridique du « praes » et des « praedia subsignata »* 185

Chapitre IV. — *Influence du « praes » et de la « subsignatio praediorum » en droit romain* 189

Conclusion 197

Index des principaux textes transcrits 203

IMP. JOBARD, DIJON.